SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

INFORME ANUAL 2013

3

INDH
INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

INFORME ANUAL 2013

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE



Informe Anual 2013

Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos
Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
José Aylwin Oyarzún
Carolina Carrera Ferrer
Consuelo Contreras Largo
Sebastián Donoso Rodríguez
Mario Fernández Baeza
Carlos Frontaura Rivera
Roberto Garretón Merino
Claudio González Urbina
Manuel Núñez Poblete

Lorena Fries Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

Equipo de redacción INDH
Unidad de Estudios
Silvana Lauzán Daskal
Dhayana Guzmán Gutiérrez
Diana Maquilón Tamayo
Federico Aguirre Madrid
Gloria Maira Vargas
Unidad de Educación
Enrique Azúa Herrera
María de los Ángeles Villaseca Rebolledo

Viviana Cáceres Draper

Colaboración INDH
Magdalena Garcés Fuentes
Catalina Navarro Politzer
Elvira Oyanguren Muñoz
Paula Salvo del Canto

Diseño
Winnie Dobbs

Fotografía
Enrique Cerda
Kena Lorenzini
Ana Sugranyes

Impresión
Andros Impresores

ISBN: 978-956-9025-49-5
Registro de Propiedad Intelectual N° 235.946

ÍNDICE

Introducción y aspectos metodológicos 7

1. Demandas en torno a la profundización democrática 15
   1. Autodeterminación y autogobierno indígena 19
   2. Territorios y derechos humanos 33
   3. Derecho a la participación 45

2. Acceso a la justicia 55
   1. Reformas judiciales y acceso a la justicia 59

3. Violencia y derechos humanos 73
   1. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes 77
   2. Violencia hacia niños y niñas 91
   3. Violencia contra las mujeres 103

4. Ejercicio de derechos sin discriminación 111
   1. Personas privadas de libertad y reinserción social 115
   2. Derechos de las personas jóvenes 127
   3. Pueblos indígenas en contextos urbanos 139
   4. Derechos de las personas migrantes 151
   5. Derechos de las personas trans 165

5. Derechos económicos, sociales y culturales 179
   1. Empresas y derechos humanos 183
   2. Derecho a una vivienda adecuada 195
   3. Derecho al agua 207
   4. Derecho a la educación de calidad 221

6. Medios de comunicación social y derechos humanos 239
   1. Derechos humanos en el tratamiento de la noticia 243

7. Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos en el período 1973-1990 251
   1. Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos en el período 1973-1990 255

8. Recomendaciones 265
   1. Recomendaciones 2013 267

9. Informe de gestión 275

INTRODUCCIÓN AL INFORME ANUAL 2013

El presente Informe Anual da cuenta de la situación de los derechos humanos en diversos ámbitos en Chile, y realiza recomendaciones a los diferentes poderes del Estado para garantizar de modo efectivo el ejercicio de los mismos sin discriminación, en cumplimiento con el artículo 3.1 de la Ley Nº 20.405.

Este año se han cumplido 40 años desde el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973. A su vez, este año se han desarrollado por quinta vez consecutiva elecciones presidenciales, consolidando la característica más propia de la democracia representativa.

Los debates entre las opciones presidenciales han abundado en alusiones a temas de derechos humanos en el país. Tanto la discusión sobre una nueva Constitución o una reforma sustancial a la actualmente vigente, como los intercambios sobre los derechos laborales, a la seguridad, a la salud, entre otros, han brindado la oportunidad de revisar, una vez más, lo logrado y los desafíos pendientes en el contexto de la profundización democrática del país. La conmemoración de los 40 años permite detenerse y analizar desde una perspectiva de derechos humanos los logros y los pendientes de la democracia actual, en la perspectiva de dar cumplimiento efectivo a las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales.

Hoy en Chile existe un reconocimiento generalizado de la ocurrencia de violaciones sistemáticas a los derechos humanos en dictadura y la creencia de que ellas no van a repetirse nunca más en el país. De acuerdo con la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos desarrollada por el INDH en 2013, un 79,8% reconoce la ocurrencia de dichas violaciones y un 47% considera que estos crímenes no van a repetirse nunca más. Este es un hecho fundamental, y una base de acuerdo social indispensable para seguir profundizando la democracia en el país. En este ámbito, la labor de las organizaciones no gubernamentales así como las acciones del Estado en materia de memoria han logrado cada vez con mayor fuerza dar visibilidad y hacer cada vez más masivo el reproche a las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas. Hoy, tanto las personas que se identifican con una postura ideológica de izquierda como aquellas que se sienten representadas por posiciones de derecha cuestionan las violaciones a los derechos humanos perpetradas por el Estado en aquel período, con independencia de las diferencias de opinión aún vigentes en relación con la valoración de la situación en que se encontraba el país antes del golpe. Un ejemplo de ello han sido las reflexiones y los pedidos de perdón realizados por diferentes personeros políticos como el Ministro del Interior Andrés Chadwick o el senador Hernán Larraín, así como la carta abierta transversal elaborada por académicos y analistas "sub40", en donde llaman a "establecer un estándar razonable de mínimos comunes democráticos sobre los cuales construir una comunidad política. A 40 años del golpe creemos que afirmar el rechazo incondicional a la violencia política en todas sus formas, y afirmar de modo igualmente incondicional la inviolabilidad de los DD.HH. de cada persona debieran ser mínimos comunes transversalmente aceptados". Según la encuesta del INDH existe hoy una valoración de la democracia por sobre cualquier otra forma de gobierno. Un 68,9% de las personas considera que este régimen es preferible a cualquier otro, mientras que solo un 15,4% manifiesta que "a la gente como uno le da lo mismo un régimen democrático o autoritario".

La dictadura ha tenido consecuencias que perduran en la actualidad, y recuerdan la importancia de la verdad, la justicia y la reparación en la reconstrucción y profundización de la democracia. Diferentes hechos reproducidos en los medios de comunicación este año se han referido a las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura, aportando información documental, así como información sobre experiencias de vida personales que contribuyeron a difundir y consolidar el conocimiento respecto de la brutalidad de los crímenes perpetrados. Ejemplo de lo anterior es el intercambio cara a cara televisado entre el general (R) Juan Emilio Cheyre y Ernesto Lejderman (quien fuera entregado por Cheyre a un convento luego del asesinato de sus padres) o el caso de Pablo Athanasiu (quien recuperó su identidad real luego de vivir 38 años sin saber que era hijo de un matrimonio chileno-mexicano desaparecido, que fue asesinado en Argentina por la dictadura de ese país). A ellos se suma la decisión del Presidente Sebastián Piñera, en septiembre de este año, de cerrar el Penal Cordillera que albergaba a 10 condenados por violaciones a los derechos humanos en dictadura. Esto ha dado lugar a debates que permiten continuar procesando lo ocurrido de forma colectiva y abierta, contribuyendo a definirnos en torno al pasado y proyectándonos como comunidad política hacia el futuro a partir de un consenso básico, esto es, que nunca más en Chile se repita la tortura, la desaparición forzada, las ejecuciones arbitrarias, las detenciones ilegales, el exilio y la exoneración de miles de chilenos y chilenas. Dicho consenso requiere, sin embargo, ser fortalecido hacia el futuro con políticas públicas de memoria y educación en derechos humanos, herramientas que permiten mantener vigente la reflexión crítica sobre la inviolabilidad de la dignidad humana, y los deberes del Estado en este ámbito.

En el marco de la conmemoración por los 40 años del golpe de Estado, el INDH realizó una declaración pública en donde sostuvo, entre otras cosas, que "La búsqueda de la verdad, el acceso a la justicia y la reparación a las víctimas, junto a la garantía de que nunca más en Chile se vuelvan a repetir hechos tan brutales como los vividos, constituyen el único camino posible para una convivencia democrática"; agregando que "No debemos olvidar que la tarea por la vigencia efectiva de los derechos humanos es permanente. En democracia emergen otros desafíos y otras amenazas que afectan a quienes convivimos en nuestro país. En consecuencia, construir una cultura de respeto a los derechos humanos es un deber ineludible de todos y todas, así como de las instituciones y órganos públicos en un Estado de Derecho, que deben observar permanentemente sus instituciones para profundizar la democracia, y la protección y promoción de los derechos humanos".

Este análisis obliga a reconocer que los derechos humanos se violan en democracia. Tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser vulnerados, y con frecuencia lo son, aun en contextos democráticos. Esta constatación refleja el proceso de expansión del debate y reconocimiento de los derechos humanos: si bien en sus inicios estos se solían relacionar casi en exclusivo con las violaciones ocurridas en dictadura, hoy el conocimiento sobre los derechos fundamentales es más amplio, y es incorporado por la población como un componente cotidiano de la vida democrática. De acuerdo con la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos, así lo manifiesta el 48,5% de la ciudadanía que está de acuerdo en que los derechos humanos son fundamentales en su vida cotidiana, el 16,4% que está muy de acuerdo con esa afirmación, y el 21,6% que se considera de acuerdo.

En este ámbito, este Informe Anual 2013 da cuenta de situaciones de vulneración de derechos, como en el caso de la violencia contra las mujeres, la calidad deficitaria de las viviendas, o la falta de garantía de calidad en la educación. En este ámbito, el Informe aborda con preocupación la situación de los niños y niñas indígenas que viven en comunidades mapuche en La Araucanía, que están expuestos a la violencia, lo que ha sido denunciado en distintas oportunidades tanto por el INDH como por la Justicia, UNICEF y organizaciones no gubernamentales. La violación de los derechos de niños, niñas y adolescentes a causa de los abusos sexuales, físicos y psicológicos que se han denunciado también es parte de lo que releva este informe.

Estas situaciones tensionan el vínculo que existe entre los derechos humanos y la condición de ciudadanía. Y es que en última instancia, el respeto y garantía de los derechos humanos tiene que ver con que todas las personas puedan vivir en condiciones dignas y sin discriminación como parte

de una comunidad política. Es decir, uno de los principales desafíos de la democracia en materia de derechos humanos en la actualidad dice relación con reconocer a todas las personas como ciudadanos/as de primera categoría, en igualdad de derechos y dignidad.

Las violaciones a los derechos humanos en democracia son percibidas por la ciudadanía como tales. De acuerdo con la encuesta INDH, de los derechos que las personas mencionaron que creían que les habían sido vulnerados en el último año, el primero en encabezar la lista fue el derecho a la salud (25,6%), seguido por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (23,7%); en tercer lugar se mencionó el derecho a tener un trabajo y recibir un salario digno (20,8%) y en cuarto lugar, el derecho a una pensión digna (19,7%).

Este escenario requiere continuar la revisión de normas, instituciones y prácticas que no protegen, respetan o garantizan de manera adecuada o suficiente los derechos de acuerdo con los estándares a los que el propio Estado se ha comprometido. Como da cuenta este Informe, en la actualidad existen normativas que requieren ser ajustadas a los fines de cumplir en forma adecuada con los principios resguardados por los derechos humanos. Lo mismo ocurre con algunos diseños institucionales o prácticas que ya no son acordes a los estándares que la administración pública y el gobierno deben cumplir en el marco de instrumentos de derechos humanos y de buena gobernanza.

En tercer lugar, cabe señalar el progresivo reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como parte de los derechos humanos que deben ser garantizados por el Estado. El reconocimiento de los DESC dice relación con la persistente desigualdad social que existe en Chile. Si bien es cierto que el país ha tenido importantes avances en el campo de la superación de la pobreza, las desiguales condiciones de desarrollo de la población requieren de esfuerzos adicionales que permitan mejorar las condiciones de vida de las personas, acortando las brechas entre sectores y garantizando los derechos económicos, sociales y culturales de forma acorde a los estándares internacionales de accesibilidad, asequibilidad, calidad y no discriminación. La responsabilidad de alcanzar estos objetivos es principalmente del Estado; no obstante, como lo señala este informe, los diversos actores económicos y sociales pueden hacer una importante contribución.

En efecto, los actores privados tienen un rol central en el desarrollo y crecimiento del país. A partir de dicho rol inciden en la mayor o menor vigencia de los derechos humanos, pudiendo incluso llegar a vulnerar estos derechos. Si bien no son ellos quienes tienen responsabilidades internacionales de responder frente a los órganos de justicia, sino el Estado chileno, esto no significa que no deban asumir compromisos concretos tendientes a respetar los derechos humanos en el desarrollo de sus acciones. Por su parte, le cabe al Estado el deber de regular y fiscalizar de modo adecuado y suficiente a los fines de desincentivar y prevenir las prácticas que vulneren los derechos de la población, así como sancionarlas y repararlas cuando estas situaciones ocurran.

Un ejemplo de este escenario se da en el ámbito de los proyectos de inversión en el país. El INDH aborda este año la cuestión del derecho al agua, ámbito en donde se exponen las tensiones en torno al uso y gestión de un recurso natural escaso, necesario para el desarrollo de actividades productivas, y el impacto que ello tiene sobre los derechos de pueblos indígenas así como de la población general. En otros casos, la contaminación producto de las actividades mineras ha generado conflictos sociales que el INDH ha relevado en un estudio realizado en el año 2012. Allí se da cuenta de los conflictos socioambientales que se han provocado entre 2010 y 2012 en el país, como consecuencia de lo que personas y comunidades plantean –en ocasiones confirmadamente– como violaciones al derecho al medio ambiente sano, a la salud, al acceso a información pública, entre otros. La responsabilidad sobre las afectaciones tiene que ver, en muchos casos, con una deficiente regulación y una escasa fiscalización por parte del Estado, pero también con prácticas empresariales que en ocasiones no cumplen las normas que regulan sus actividades. Así, el trabajo articulado entre los distintos poderes del Estado, las empresas y las organizaciones sociales y de la sociedad civil es un imperativo en un contexto que debe combinar la libertad de emprendimiento y el crecimiento sostenible con el respeto y garantía de los derechos fundamentales de todas las personas.

En relación con el desarrollo del país y las condiciones para el ejercicio de ciudadanía, es necesario destacar el desafío pendiente respecto de garantizar a la población de las diferentes regiones del país las mismas condiciones para el ejercicio de sus derechos y el acceso a bienes y servicios. Este Informe muestra, en su apartado sobre territorios y derechos humanos, cómo el centralismo político del país incide en las condiciones para el ejercicio de derechos de ciudadanía, dejando en una situación de desventaja a las regiones por sobre la población que vive en Santiago. Las diferentes manifestaciones sociales que han tenido lugar en las regiones en los últimos años han visibilizado no solamente la disconformidad y las demandas de la ciudadanía local en estas materias, sino que han reactivado en la agenda pública el debate sobre cuánto y cómo descentralizar políticamente el país a los fines de reconocer a la población en todo el territorio las mismas condiciones para el ejercicio de sus derechos. Esto involucra ámbitos de regulación diversos y complejos relacionados con los diseños políticos, administrativos y fiscales, los que debieran ser abordados por el Congreso y el Poder Ejecutivo.

Es innegable que el Estado ha fortalecido a lo largo de estos años la institucionalidad para hacer respetar y garantizar los derechos humanos, y en ese sentido, cuenta hoy con mejores herramientas para desarrollar medidas y tomar acciones necesarias en este ámbito. Algunos ejemplos de esto son el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, la creación del Consejo para la Transparencia, del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos así como la del INDH, o la instauración de los tribunales ambientales (aún en proceso). No obstante lo anterior, el INDH se ha referido en otras oportunidades a los vacíos que persisten en la institucionalidad de derechos humanos, que debilitan la acción del Estado en este campo. Por ejemplo, en el ámbito de la verdad, justicia y reparaciones por las violaciones a los derechos humanos en dictadura, académicos, organizaciones de víctimas y familiares y el propio Ministerio de Justicia plantearon al Congreso Nacional la necesidad de crear una Subsecretaría de Derechos Humanos a los fines de centralizar la gestión gubernamental en estos temas, que contribuya a coordinar el diseño, implementación y evaluación de los planes y programas que se generan desde diferentes organismos públicos, entre otras cosas. El Congreso no ha avanzado en esta materia, cuya necesidad se hace evidente a la luz de lo logrado y de aquello que aún resta por hacer. En un sentido similar está pendiente la creación del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y la Defensoría del Pueblo. Estas instituciones constituyen la infraestructura que permitiría afrontar de manera más efectiva e integral las obligaciones internacionales del Estado y los desafíos en materia de derechos humanos presentes en la actualidad. En este sentido, la experiencia comparada de otros países, con todas las limitaciones y reservas que pueden tener las comparaciones de este tipo, permite identificar los potenciales beneficios de robustecer la institucionalidad de derechos humanos en Chile.

Por último, como resultado del análisis retrospectivo hay que mencionar la creciente relevancia y reconocimiento que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos por parte de los Estados y la comunidad internacional. Sin desconocer que en este campo hay aún mucho por mejorar en cuanto a su diseño institucional, su transparencia, procedimientos y sostenibilidad financiera, y reconociendo también que existen legítimas posiciones que cuestionan la preeminencia de su voz por sobre la de las voces soberanas, lo cierto es que el sistema regional e internacional de justicia se ha ido sofisticando en sus argumentaciones, su trabajo ha sido más y más reconocido, y los Estados ajustan cada vez más sus conductas a los compromisos asumidos en los instrumentos vinculantes y a los fallos dictados en su contra. Este año, el país fue examinado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, organismo encargado de fiscalizar el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. El informe del Comité, si bien reconoce algunos esfuerzos, destacó la persistencia del problema de la discriminación racial en el país e insistió en las recomendaciones ya realizadas en el año 2009 y que el Estado no ha cumplido en forma satisfactoria. De este modo, el sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas se ha constituido en un actor relevante a la hora de vigilar los derechos humanos de las personas que viven en el país, contribuyendo a señalar las debilidades (y las fortalezas, cuando procede) que se evidencian desde

el punto de vista de los consensos alcanzados entre Estados sobre lo que constituyen pisos mínimos para el ejercicio de derechos. Adicionalmente, en sentencia de agosto de 2013, la Corte IDH condenó a Chile en el Caso García Lucero y otras vs Chile, a continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación por la tortura sufrida por un ciudadano durante la dictadura.

Desde el punto de vista del trabajo del INDH como organismo estatal autónomo que vela por la promoción y protección de los derechos humanos en Chile, este ha sido reconocido este año a nivel internacional en el marco de la XXVI Reunión General del Comité de Coordinación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (CIC), donde el Instituto fue acreditado con la máxima calificación (A) por parte de Naciones Unidas. A nivel interno, el INDH ha atravesado su primer proceso de recambio de su Consejo, siendo elegidos cinco nuevos/a consejeros/a (uno por el Senado, dos por las organizaciones de la sociedad civil, uno por el Poder Ejecutivo, y uno por los Decanos y Directores de las Facultades de Derecho de las Universidades del Consejo de Rectores y de las Universidades autónomas), permaneciendo dos consejeros que han sido reelegidos (una por el Senado y otro por la Cámara de Diputados), y reeligiéndose por unanimidad a su directora por un segundo período de tres años.

METODOLOGÍA DEL INFORME

Al igual que en años anteriores, este informe abarca el período que va del 1 de noviembre de 2012 al 31 de octubre de 2013. Este informe debe, de acuerdo con lo que mandata la ley, ser entregado al Presidente de la República, a las presidencias de ambas cámaras del Congreso, y a la presidencia de la Corte Suprema de Justicia, pero a la vez tiene como objetivo ser difundido en forma amplia entre la población. De este modo, el Informe Anual busca, sin perder rigurosidad ni cierta profundidad en aspectos más técnicos, utilizar un lenguaje simple y claro.

Al igual que en años anteriores, el INDH utilizó a los fines de elaborar este informe diversas técnicas de recolección de información. La con más frecuencia utilizada es el envío de oficios a servicios y ministerios, que de acuerdo con la Ley Nº 18.880 de procedimientos administrativos, obliga a responder entre 10 y 20 días hábiles.

En este ámbito, si bien en algunos casos no se han recibido las respuestas en el tiempo que corresponde de modo de poder ser incorporadas en este informe[1], cabe destacar el esfuerzo realizado por instituciones a los fines de responder en tiempo y de forma completa. Entre estas destaca Gendarmería de Chile, mediante la Unidad de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, y el Ministerio Público.

Especial mención merecen en este aspecto algunas municipalidades. El año 2013 ha sido, en este sentido, diferente al 2012 en la medida en que una proporción mayor de municipalidades han respondido los oficios enviados, como por ejemplo, las Municipalidades de Peñalolén, Independencia, San Ramón, Valparaíso, Toltén, Nueva Imperial, Ercilla, Puerto Montt, Lago Ranco y Camiña, entre otras.

También se realizó un análisis documental, esto es, el estudio de textos académicos, de políticas públicas, de centros de estudios, así como de organizaciones no gubernamentales tanto nacionales como internacionales, y de organismos regionales e internacionales de derechos humanos. Las referencias a ellos se encuentran en la bibliografía al final de cada apartado, así como en las notas al pie.

En el caso del apartado del derecho a una vivienda digna, también se utilizó como metodología de levantamiento de información las entrevistas en profundidad. Esta técnica permite conocer experiencias de vida de las personas, que si bien no admiten generalizaciones, aportan profundidad a la comprensión de un fenómeno y complejidades propias de cada experiencia.

En cuanto a la información estadística y sociodemográfica contenida en este informe, en virtud de los cuestionamientos de público conocimiento realizados a la metodología utilizada para la implementación del Censo 2012, el INDH decidió no utilizar la información de sus resultados, sino trabajar con las proyecciones al año 2013 del Censo realizado en el año 2002. Así, en las cifras estimadas de población y

1 Eso ha ocurrido con los oficios enviados al Ministerio de Salud, al Ministerio de Vivienda y a la Superintendencia de Educación, entre otros.

otras descripciones sociodemográficas presentes en los capítulos, los datos son aquellos disponibles y confiables desde el punto de vista estadístico. Siguiendo el mismo rigor metodológico, el INDH utiliza solo estudios cuantitativos cuyo nivel de confianza es superior al 95%.

En cuanto a la disponibilidad de información relevante para evaluar el desempeño del Estado en sus obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos, este año se reitera el diagnóstico en relación con la falta de producción de información suficiente en diferentes ámbitos. Por ejemplo, los distintos organismos públicos no suelen registrar información relativa a la etnia o la edad de las personas que constituyen su público objetivo (en salud, educación, justicia, entre otros), o bien, si lo hacen, ocurre en ciertos ámbitos del trabajo de un servicio, pero no en todos, generando distinta información según unidad de trabajo. Hay un desafío que persiste en el Estado, con sus diferentes niveles y ramas, en relación con la generación de información que permita evaluar suficientemente las políticas y acciones del Estado.

En relación con el desarrollo de los contenidos de este Informe Anual 2013, el índice de contenidos fue aprobado por el Consejo del INDH en el mes de marzo, a partir de diferentes consideraciones. Por un lado, se buscó dar cuenta de la coyuntura del año y de los problemas que estaban siendo debatidos –siempre que digan relación con los derechos humanos– en el ámbito público. También se consideraron los temas que persisten desde hace largo tiempo, y aquellos sobre los cuales el Estado de Chile debía rendir cuentas ante los organismos internacionales de derechos humanos a lo largo del año. En la perspectiva de tener una mirada prospectiva en este campo, el Informe también busca poner en agenda pública la discusión sobre temas cuyo abordaje por parte de los poderes del Estado está pendiente, y en este sentido pone especial atención a los planteamientos que realizan las organizaciones de la sociedad civil, en las diferentes regiones del país.

Cada apartado tiene una estructura similar: se ofrece inicialmente una reseña con antecedentes del año, que introduce en el contexto actual el derecho a analizar. A continuación se revisan los estándares internacionales de derechos humanos, y el modo en que se encuentra regulado a nivel nacional. A continuación se analizan, dependiendo el caso, diferentes aspectos como los planes y políticas desarrolladas, situaciones particulares o estadísticas que permitan relevar el estado de cosas. En cuanto a las recomendaciones, estas se presentan al final del informe y están organizadas en dos grupos: generales, que son aquellas que tienen validez para todos los ámbitos bajo análisis, y las específicas, que aluden a aspectos a abordar en cada caso particular.

EL CONTENIDO DE ESTE INFORME

El primer capítulo sobre demandas en torno a la profundización democrática se compone de tres apartados: el primero se refiere a las nociones de autodeterminación y autogobierno indígena, el segundo aborda el derecho a la participación, en particular la participación política en el contexto de un año electoral, y el tercero analiza las brechas en el desarrollo y ejercicio de derechos en los territorios, problematizando la cuestión del centralismo del país.

El segundo capítulo del Informe aborda la cuestión del acceso a la justicia, en particular en lo relacionado con la propuesta de reforma a la justicia civil, y la referida al sistema procesal penal.

El tercer capítulo se titula violencia y derechos humanos, y analiza la cuestión de la tortura en el país, la violencia física, sexual y psicológica ejercida contra los niños y las niñas, y aquella violencia de que son víctimas las mujeres.

El cuarto capítulo aborda las situaciones de discriminación que sufren grupos específicos como las personas privadas de libertad, los y las jóvenes, las personas migrantes, trans e indígenas urbanos. Todos estos colectivos, si bien diferentes entre sí, comparten el pertenecer a una o varias categorías sospechosas de discriminación, lo que redunda en vulneraciones y desventajas a la hora de ejercer sus derechos, como se da cuenta en los apartados.

El informe revisa a continuación la situación de algunos derechos económicos, sociales y culturales como a una vivienda adecuada, al agua, y a la educación. En un plano diferente se aborda la relación entre empresas y derechos humanos,

y las directrices que se han desarrollado en los últimos años para incentivar que las acciones de las empresas sean respetuosas de los derechos fundamentales.

Los dos últimos capítulos se refieren, en un caso, al tratamiento de los derechos humanos en las noticias; y en otro caso, a los hechos del año en materia de verdad, justicia y reparaciones de las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas ocurridas durante la dictadura.

El INDH da cuenta este año, en el marco de los 40 años desde el golpe de Estado, de un seguimiento a las recomendaciones realizadas por el Instituto en el ámbito de las violaciones a los derechos humanos en dictadura, al tiempo que realiza nuevas recomendaciones generales y particulares.

Por último se incorpora el informe de gestión, según el cual se rinde cuentas de la gestión operativa, administrativa y financiera de la institución.

Demandas en torno a la profundización democrática

1

1. Autodeterminación y autogobierno indígena
2. Territorios y derechos humanos
3. Derecho a la participación

1

AUTODETERMINACIÓN Y AUTOGOBIERNO INDÍGENA



Fotografía: Enrique Cerda



1 AUTODETERMINACIÓN Y AUTOGOBIERNO INDÍGENA

ANTECEDENTES

La falta de reconocimiento constitucional de la condición pluricultural del Estado y la sociedad chilena representa un déficit institucional para encarar las relaciones con los pueblos indígenas, aun cuando se hace referencia a la pluriculturalidad en la ley indígena (INDH, 2010; INDH, 2011; INDH, 2012). Esta falencia hace parte del conflicto intercultural en el país que, en el caso de La Araucanía, ha derivado en crecientes hechos de violencia con resultado de muertes[1], lo que motivó un rechazo generalizado y transversal[2].

El Consejo del INDH, mediante declaración pública, ha condenado todo tipo de violencia –sea cual fuere su origen– como forma de solución del conflicto en la región, haciendo un llamado a los tribunales de justicia y organismos policiales a desplegar todos los esfuerzos necesarios con el objeto de garantizar el acceso a la justicia, identificar a los responsables y sancionarlos según corresponda, recordando que "[e]l deber del Estado de garantizar los derechos humanos exige no dejar estos hechos en la impunidad" (INDH, 2013a)[3]. De manera adicional el INDH afirmó que en cumplimiento de este deber corresponde actuar con pleno respeto al estado de derecho y a los estándares de derechos humanos a los que nuestro país se ha obligado.

Por su parte, el Poder Ejecutivo anunció el aumento de la presencia policial y el establecimiento de una zona especial de seguridad[4] para reforzar los controles de identidad[5]. Por último, interpuso una querella criminal invocando la ley 18.314 que sanciona y tipifica conductas terroristas.

Representantes y dirigentes de organizaciones indígenas mapuche[6], en respuesta a la situación que se estaba viviendo en la Región, convocaron para el 16 de enero del año 2013 la denominada "Primera Cumbre del Pueblo Mapuche" celebrada en el cerro Ñielol, comuna de Temuco. La convocatoria fue amplia y se extendió a todas las fuerzas políticas, congresistas, el INDH, organizaciones indígenas mapuche y representantes del Poder Ejecutivo, específicamente los gobernadores de las provincias de Cautín y Malleco, así como el Encargado de Asuntos Indígenas[7]. Los concurrentes indígenas expresaron en un documento final la "[v]oluntad de diálogo con el Estado chileno, sus instituciones, la sociedad

1 El día 4 de enero de 2013, en Vilcún, murieron el empresario agrícola Bernard Luchsinger Lemp junto a su cónyuge Vivianne McKay González. Ese mismo día se conmemoraba la muerte en manos de la policía uniformada del joven comunero Matías Catrileo.

2 El día 15 de enero de 2013, en la 126º Sesión de la Cámara de Diputados se presentaron tres proyectos de acuerdo: Proyecto de Acuerdo Nº 811, por el que "se rechazan los actos de violencia producidos en diversas regiones del sur del país"; Proyecto de Acuerdo Nº 813 que "condena los actos de violencia en La Araucanía"; y Proyecto de Acuerdo Nº 814, mediante el cual se "propone la convocatoria a un acuerdo nacional para la superación del conflicto histórico entre el Estado de Chile y los Pueblos Indígenas".

3 A esta declaración se sumaron las de diversas entidades de derechos humanos de la sociedad civil y las de las propias organizaciones representativas del pueblo mapuche.

4 Esto mediante la llegada de 84 nuevos efectivos de Carabineros, más 46 funcionarios del Grupo de Operaciones Especiales de la misma institución, y unos 50 detectives de la Policía de Investigaciones. A estas fuerzas se sumó un helicóptero para vigilancia, y 4 nuevos carros policiales blindados (La Nación, 2013).

5 El Control de Identidad, de la forma prescrita en el Código Procesal Penal (Art. 85) procede cuando existen indicios fundados de que se cometió un delito, se ha intentado cometer o se dispusiere a cometerlo. Además cuando el controlado pudiera suministrar informaciones para la indagación de un delito y cuando el controlado esté disimulando su identidad por encapuchado o emboce. El control de identidad da la posibilidad de revisar las vestimentas, equipaje y vehículos. Además, en caso de que no se pudiera corroborar la identidad en el lugar, se le puede "conducir" a una unidad policial.

6 Consejo de Todas las Tierras; Ad-Mapu.

7 Sr. Matías Abogabir.

civil, los partidos políticos, los organismos de derechos humanos, orientada a desplegar todos los esfuerzos necesarios tendientes a erradicar las causas fundamentales de las tensiones y controversias, en todas sus manifestaciones a raíz de la falta de una convivencia aceptable entre Mapuche y no Mapuche"[8].

Este apartado comienza revisando algunos hechos del año que dan cuenta de las complejidades de la relación del Estado con los pueblos indígenas, en particular con el pueblo mapuche, y que moldean las condiciones para el diálogo en torno al autogobierno y la autodeterminación indígena. Luego se revisan los estándares internacionales de derechos humanos referidos a estos temas y algunas experiencias comparadas en la materia. Hacia el final se da cuenta de la situación nacional, en el caso de los diferentes pueblos reconocidos.

LEY ANTITERRORISTA

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emerson, visitó el país en julio de 2013, centrando su misión de observación en la aplicación de la legislación antiterrorista en conexión "a las protestas de activistas Mapuche por la reivindicación de sus territorios ancestrales y afirmación de su derecho al reconocimiento colectivo como pueblo indígena y el respeto a su cultura y tradiciones" (Emerson, 2013, pág. 2). El Relator hizo un llamado a no aplicar la legislación antiterrorista, pues a su juicio la ley ordinaria ofrece herramientas suficientes para abordar estos casos. Sin perjuicio de ello, señaló en forma expresa que "los derechos de aquellos que han sido víctimas de violencia rural (sea en contra de personas o contra la propiedad) también se deben proteger. El Relator Especial actualmente no recomienda ninguna amnistía general o impunidad por los actos de violencia. Las disposiciones de la legislación penal ordinaria se debieran hacer cumplir en todos los casos. Esto incluye no solamente los casos de violencia cometidos por miembros de la comunidad Mapuche en pos de sus reclamaciones territoriales, sino también los delitos de violencia cometidos contra miembros de la comunidad Mapuche por los encargados de hacer cumplir la ley" (Emerson, 2013, pág. 11).

Además, el Relator advirtió sobre la compleja situación que se vive en La Araucanía, caracterizándola de volátil y con altas probabilidades de agudizarse, "salvo que se tome acción urgente para abordar, no solamente las manifestaciones de violencia, sino sus causas de raíz" (Emerson, 2013, pág. 3). A juicio del Relator, entre los elementos que hacen parte de las causas de este conflicto se encuentran la disputa territorial insatisfecha de larga data, la gobernabilidad deficiente, las violaciones a los derechos humanos, la discriminación y la exclusión política, económica y educacional. Señaló además que "[d]esde el retorno a la democracia en Chile, ningún Gobierno de cualquier tinte político ha tratado este tema con la prioridad que se merece. Tal como se encuentran las cosas hoy […], el Estado de Chile se encuentra en abandono de su deber de promover una solución pacífica y justa al tema Mapuche. Este es un deber del Gobierno no solamente para con los Mapuches, sino también para con las comunidades de colonos en las áreas rurales de Araucanía y Biobío, para con los encargados de hacer cumplir la ley en estas regiones y en quien el Estado confía la mantención de la paz, y para con la comunidad en sentido amplio en aquellas regiones quienes tienen derecho de esperar que el Estado cumpla con sus obligaciones de administración pública en forma efectiva y sin discriminación a fin de mantener los principios que subyacen a la democracia representativa" (Emerson, 2013, pág. 5).

El 29 y 30 de mayo de 2013 se realizó la audiencia de juicio ante la Corte IDH en el caso caratulado "Norín Catrimán y otros vs. Chile"[9]. En él se demanda al Estado de Chile por haber impuesto condenas por delitos terroristas a autoridades ancestrales y dirigentes mapuche sentenciados el año 2002, en atención a una supuesta violación –entre otros– al principio de igualdad y no discriminación y al derecho al debido proceso. Uno de los puntos debatidos entre los representantes de las presuntas víctimas y del Estado giró en torno al estatuto antiterrorista y su correspondencia con

8 De este encuentro surgió el documento "Pacto por la Autodeterminación Mapuche, cumplimiento y aplicación de los Tratados y los derechos fundamentales".

9 Corte IDH. Caso 12.576 -Norín Catrimán y otros vs Chile.

las obligaciones propias del derecho internacional de los derechos humanos. La sentencia, pendiente a la fecha de redacción del presente informe, sentará un precedente en esta materia.

El INDH ha recomendado a los poderes del Estado reformar la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Ella representa una de las respuestas punitivas de mayor intensidad, cuya aplicación discriminatoria conlleva la afectación ilegítima de derechos fundamentales. Asimismo, mantiene una deficiente definición de delito terrorista que vulnera los principios de legalidad y tipicidad, y establece normas excepcionales que representan una disminución a los estándares del derecho del debido proceso (INDH, 2010; INDH, 2011; INDH, 2012). Cabe destacar que la Ley ha sido objeto de varias modificaciones[10], destacándose las realizadas tras la huelga de hambre que el año 2010 sostuvieron 34 comuneros mapuche acusados de delitos terroristas a lo largo de 82 días. Sin perjuicio de ello, el INDH ha señalado que corresponde a los órganos del Estado abstenerse de invocar y/o aplicar una norma que presenta los problemas señalados con anterioridad. Por tratarse de una legislación de excepción cuya sola invocación por parte del Ministerio Público entraña una disminución o rebaja de garantías, el INDH recomendó que se restituya la facultad del juez de garantía con el objeto de calificar los hechos antes de proceder de manera judicial en contra de un imputado (INDH, 2011).

Por último, las víctimas no mapuche, representadas por la Asociación de Víctimas de Violencia Rural, se reunieron con el INDH (28 de julio de 2013), oportunidad en la que señalaron sentirse abandonadas por el Estado en su derecho de acceder a la justicia y a la seguridad personal y de sus bienes. Los testimonios proporcionados al INDH representan el descontento de un sector de la población afectada por el conflicto, que observa con preocupación la ineficacia de los órganos competentes en estas materias, lo que eventualmente implicaría una afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares. El Estado debe atender estas demandas, a los fines de generar las condiciones que permitan un diálogo concertado entre todos los actores involucrados, orientado a superar la actual situación.

10 Las últimas dos corresponden a la ley 20.467, de fecha 8 de octubre de 2010, y la ley 20.519 del 26 de junio de 2011.

APROBACIÓN DEL REGLAMENTO SEIA Y MESA DE CONSENSO INDÍGENA

Otros hechos que marcaron la agenda pública en 2013 fueron la aprobación del Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental y la finalización de la denominada Mesa de Consenso. Ambas iniciativas se inscriben en los esfuerzos del Estado por establecer una regulación al deber de consulta previa en relación con toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT. En torno a ambas iniciativas el INDH ha emitido su opinión[11] valorando los esfuerzos desplegados por la autoridad ambiental en un caso y los representantes del Poder Ejecutivo en el otro, constatando que se trata de experiencias inéditas. Al mismo tiempo, el INDH ha expresado su preocupación por el limitado alcance de estos procesos considerando la importancia que estos temas entrañan para los pueblos interesados.

La adecuada implementación de la participación y consulta indígena representa un desafío para el Estado y para los propios pueblos indígenas, los que deberán avanzar en definir con plena autonomía a sus representantes para entablar un diálogo con el Estado y, de esta manera, concurrir a la consulta previa.

En esta materia, el INDH ha sostenido que "[e]xisten argumentos razonables para sostener que el deber de consulta debe estar regulado por medio de una ley en sentido estricto considerando que estamos en presencia de un derecho

11 Para mayor información consultar los siguientes documentos: El deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152; y el Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto de 2013.

humano[12]. [A] este respecto ha sostenido que toda regulación de derechos y garantías fundamentales debe ser una materia entregada a la ley como garantía de un debate amplio que integre al Poder Legislativo, y que no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades del momento. Ello por lo demás es consistente con las obligaciones de adecuar la legislación interna a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y al principio de legalidad en materia de protección de derechos fundamentales"[13] (INDH, 2013c, pág. 12).

En relación con el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental[14] el INDH señaló que "[l]os instrumentos de gestión ambiental, en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas deben considerar no sólo la ordenación del medio ambiente, como bien jurídico sujeto a tutela, sino satisfacer y orientarse a garantizar los derechos colectivos que les asiste a los pueblos indígenas, incluido el derecho a decidir sobre el uso y goce de los recursos naturales que integran sus territorios" (INDH, 2013b, pág. 16). Al analizar el Reglamento publicado, el INDH expresó que "[e]l principio conforme al cual sólo se somete a consulta previa los Estudios de Impacto Ambiental, es compatible con el Convenio 169 en la medida en que se garantice que todo proyecto susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas ingrese efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental y adicionalmente se realice el proceso de consulta de conformidad a los estándares internacionales que rigen la materia" (INDH, 2013b, pág. 29).

Además el INDH sostuvo que "la propuesta de Reglamento restringe las medidas y las materias a consultar, al limitar la susceptibilidad de afectación directa a ciertas hipótesis. Ello no se condice con las obligaciones a cargo del Estado de someter a consulta previa cualquier medida susceptible de afectar directamente a dichos pueblos" (INDH, 2013b, pág. 31).

En el marco de los esfuerzos gubernamentales por reemplazar el Decreto Supremo 124/2009 del Ministerio de Planificación de Reglamento Provisorio de Consultas, de modo de avanzar en regulación y ajuste de la normativa sobre consulta indígena a los estándares internacionales de derechos humanos, el INDH recibió una invitación de parte de representantes de los pueblos indígenas y del Poder Ejecutivo para participar en calidad de observador de las negociaciones llevadas a cabo en la denominada "Mesa de Consenso para discutir la propuesta de gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena, de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio Nº 169 de la OIT" (En adelante la Mesa de Consenso)[15].

La Mesa deliberó entre marzo y julio de 2013, sesionando en nueve oportunidades. A la Mesa concurrieron un total de 44 representantes y dirigentes de los pueblos indígenas, apoyados por ocho asesores/as de elección y confianza de los propios representantes de estos pueblos. Por parte del Gobierno participaron delegaciones de los Ministerios de Economía; Agricultura; Desarrollo Social; Energía; Minería; Justicia, Hacienda, Obras Públicas, Medio Ambiente; Secretaría General de la Presidencia; Corporación de Desarrollo Indígena. En la Mesa se logró acuerdo en relación con 17 artículos[16]. Sin embargo, no se alcanzó acuerdo respecto de tres temas: i) el concepto de afectación directa, ii) las medidas a ser consultadas y iii) la consulta en relación con proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas.

12 A este respecto la Corte Suprema ha señalado que "[c]onviene dejar consignado que el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados". Rol 258-2011, de fecha 13 de julio de 2011, Considerando Quinto.

13 El INDH ha analizado anteriormente el derecho a la consulta indígena. Para más información ver los Informes Anuales 2011 y 2012.

14 Ministerio del Medio Ambiente. Decreto Supremo Nº 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Publicado en el Diario Oficial 12 de agosto de 2013. Entrada en vigencia 24 de diciembre de 2013.

15 Igual invitación fue formulada al Sistema de Naciones Unidas quienes participaron en dicha calidad por intermedio de profesionales de las Oficinas del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

16 Los artículos fueron: 1) Objeto del Reglamento; 2) Consulta; 3) Órganos a los que se aplica el Reglamento; 4) Pueblos Indígenas; 5) Responsable de los Procesos de Consulta; 6) Sujetos e instituciones representativas; 7) Asistencia Técnica / Rol de la CONADI; 8) Buena fe; 9) Procedimiento Apropiado; 10) Carácter Previo; 11) Pertinencia de la Consulta; 12) Plazos;13) El Procedimiento de la Consulta; 14) Suspensión y Término del Proceso de Consulta; 15) Convocatoria; 16) Expediente; 17) derogación DS.124.

En agosto de 2013, el INDH dio a conocer el informe de observación del proceso llevado a cabo. En él se "[r]econoce y valora el proceso desarrollado en la Mesa de Consenso y los esfuerzos desplegados por quienes a ella concurrieron. Se trata de una experiencia inédita y compleja de creación de una instancia que de manera sistemática y concertada logró mantener conversaciones entre representantes de los pueblos indígenas y el Estado, en la perspectiva de alcanzar acuerdos en temas relevantes para las partes involucradas" (INDH, 2013c, pág. 10). En forma adicional señaló que "[l]a viabilidad de cualquier iniciativa que se adopte con el propósito de instaurar un mecanismo de consulta previa, va a depender de que el procedimiento seguido y los acuerdos alcanzados se adecúen al estándar y principios que informan la consulta previa. Ello es condición de legitimidad y validez de los esfuerzos desplegados" (INDH, 2013c, pág. 14).

En atención a que ciertos actores relevantes de los pueblos indígenas se marginaron de este proceso, el INDH considera que el esfuerzo desplegado debe entenderse como una primera etapa de un proceso que debe ser más inclusivo y participativo, y permitir restituir el diálogo sobre materias en torno a las cuales aún no existe consenso (INDH, 2013c).

En este proceso, una discusión pendiente en nuestro país es la relativa al principio de autodeterminación. Se trata de un desafío que busca sentar las bases para una convivencia interétnica e intercultural, que reconozca la pluralidad cultural de nuestra sociedad, en el contexto de la unidad territorial del Estado. Este tema ha sido abordado en otras latitudes. La experiencia comparada muestra que en lo que respecta a los pueblos indígenas, en un contexto de respeto del derecho a la libre determinación, estos instan por arreglos institucionales que no implican secesión.

EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INDÍGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho de los pueblos a la autodeterminación ocupa un lugar preponderante en el derecho internacional, lo que se evidencia en su reconocimiento como derecho fundamental en los principales instrumentos de derechos humanos y la Carta de las Naciones Unidas (O'Donell, 2007). Existe cierto consenso en que la libre determinación es un principio fundamental del ordenamiento jurídico internacional. No obstante, su interpretación e implementación ha sido una de las cuestiones más polémicas, en especial cuando se trata de su ejercicio por parte de los pueblos indígenas (Anaya, 2005; Mackay, 1999; O'Donell, 2007).

Este reconocimiento se evidencia en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el que se señala: "1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas"[17].

De conformidad con lo anterior, el contenido básico de este principio es el derecho que tienen los pueblos a decidir y establecer en forma libre su condición política y a determinar del modo que estimen su desarrollo económico, social y cultural. Un aspecto esencial para el ejercicio efectivo de este derecho, es el deber de garantizar la capacidad de decisión de los pueblos y, por tanto, de disposición de sus riquezas y recursos naturales.

Uno de los debates más intensos en los foros multilaterales en materia de derechos de los pueblos indígenas, fue el referido al reconocimiento del principio de autodeterminación y la fijación normativa de derechos colectivos de dichos pueblos. No obstante las legítimas aprensiones que ello pudiera representar para las instituciones políticas y jurídicas de un

17 Artículo homólogo se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Estado, en los últimos decenios se ha configurado un *corpus* jurídico que avanza en dirección a reconocer la pluralidad cultural como un valor a ser garantizado. En palabras del actual Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, "[e]n este nuevo régimen del derecho internacional se plantea un nuevo relacionamiento entre los estados y los pueblos indígenas dentro del modelo plurinacional o pluricultural. Y dentro de este modelo, los pueblos indígenas deben poder determinar sus propios destinos en pie de igualdad con los demás, participar en la toma de las decisiones que les afectan, y estar seguros en sus derechos individuales y colectivos" (Anaya, 2013). El mismo Relator ha señalado que "[l]a autodeterminación se refiere a un conjunto de normas de derechos humanos que se predican genéricamente a los pueblos, incluidos los pueblos indígenas, y que se basan en la idea de que todos los sectores de la humanidad tienen el mismo derecho a controlar su propio destino" (Anaya, 2005: 137).

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce de manera explícita en su artículo 3 el derecho a la libre determinación, en términos similares al artículo 1 del PIDCP y el PIDESC. Asimismo, establece el derecho de autonomía o al autogobierno como forma de concreción del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (art. 4). En esta materia, la Declaración también les reconoce el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones (art. 5); el derecho a definir su propio desarrollo (art. 23); y a mantener y desarrollar sus estructuras institucionales, costumbres o sistemas jurídicos (art. 34).

En lo que refiere específicamente al derecho a la autonomía, de acuerdo con el artículo 4 de la misma Declaración, "[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas". La autonomía, sería entonces, la manifestación del derecho de libre determinación en su dimensión interna, lo que significa que el pueblo tiene la facultad de establecer su propio régimen político interno y fijar las políticas que aseguren su existencia y desarrollo integral.

Como una expresión del derecho a la libre determinación de estos pueblos, la Declaración reconoce además el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado antes de que los Estados adopten decisiones que les afectan, entre las que se encuentran: su traslado desde sus tierras y territorios (art. 10); la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (art. 32.2); y "antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten" (art. 19).

Por su parte, si bien el Convenio 169 no emplea la expresión "libre determinación", muchas de sus disposiciones se relacionan con este principio. De esta manera, se consagran en este instrumento el derecho de los pueblos a mantener sus propias instituciones (arts. 4.1, 5(b) y 8.2); el derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo y controlar su desarrollo económico, social y cultural (art. 7.1), incluido el derecho a la subsistencia (art. 23); el derecho a la integridad cultural y la prohibición de toda forma de fuerza o coerción contra pueblos indígenas (arts. 3.2 y 5); así como el derecho a mantener su sistema de derecho penal y sus modalidades de transmisión sobre la tierra (arts. 9.1 y 17.1) (O'Donell, 2007).

Para James Anaya, el derecho a la autodeterminación "se refiere a un conjunto de normas de derechos humanos que se predican genéricamente de los pueblos, incluidos los pueblos indígenas, y que se basan en la idea de que todos los sectores de la humanidad tienen el mismo derecho a controlar su propio destino" (Anaya, 2005, pág. 137). Por ejemplo, una dimensión del derecho de libre determinación es la descolonización y/o la invalidación de la teoría de *terra nullius*, por medio del que se reconocía el derecho preferente de los Estados occidentales respecto de los ocupantes originarios[18].

El ejercicio de este derecho, sin embargo, se debe conciliar con otro principio fundamental del derecho internacional,

18 Corte Internacional de Justicia. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12., párr. 68. La Corte negó valor a la teoría de la *terra nullius*, que había predominado en el Derecho Internacional, previo al proceso de descolonización.

esto es, el de la integridad territorial y la independencia política de los Estados, garantizado en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas. De ahí que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establezca que "[n]ada de lo contenido en la presente Declaración […] se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes" (art. 46.1).

Las tensiones que provoca el concepto de autodeterminación se suelen basar en la percepción de que este implicaría la escisión o independencia del resto de la unidad territorial nacional, y en consecuencia, la formación de un Estado independiente (Anaya, 2005). Sin embargo, como veremos a continuación, es posible conciliar el respeto al derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas y la integridad territorial y política de los Estados.

EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INDÍGENA EN EL DERECHO COMPARADO

El derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación ha tenido un vasto desarrollo jurídico y ha sido garantizado en diversos Estados. Entre otros ejemplos se puede citar el caso de Colombia, Estado que cuenta con un 3% de población indígena. La participación política indígena data de la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró la Constitución Política de 1991, en la que los pueblos indígenas contaron con dos representantes del total de 70 elegidos para esta instancia[19]. El derecho de autonomía de los pueblos indígenas está recogido de diversas formas en la Constitución de dicho país: se reconocen los territorios indígenas y se les otorga la calidad de entidades territoriales (ETI) para efectos político-administrativos (art. 286). Estas entidades tienen autonomía para la gestión de sus intereses, disponiendo que estas pueden gobernarse por sus propias autoridades, ejercer competencias que les corresponden, administrar recursos, establecer tributos y participar de las rentas nacionales, todo ello dentro del marco legal y constitucional (art. 287). Además, la Constitución colombiana establece cupos de participación electoral de estos pueblos, garantizando su representación en el Congreso de la República, mediante el establecimiento de un número adicional de dos senadores a ser elegidos por comunidades indígenas[20]. Dicha participación fue determinante en la aprobación, por parte del Congreso, de iniciativas legislativas de protección de derechos indígenas en diferentes ámbitos, incluyendo –entre otras materias– educación (Ley 115 de 1994), salud (Ley 691 de 2001) y autonomía administrativa de los resguardos indígenas (Ley 715 de 2001) (Moreno, 2007; Padilla, 2011).

Otro caso es el de Nueva Zelanda. Allí los maoríes representan aproximadamente el 17% de una población total de 4 millones de habitantes. Los derechos de los maoríes se remiten al Tratado de Waitangi, un instrumento mediante el cual los británicos obtuvieron la soberanía de Aotearoa en 1840. El año 1975 se estableció el Tribunal de Waitangi, instancia que fue creada como un órgano de composición bicultural, con integración maorí, con el mandato de oír las quejas y reclamos de estos pueblos que habían sido perjudicados por las leyes y políticas de la Corona (gobierno), resultando en el incumplimiento del Tratado de Waitangi. Aunque sus resoluciones no son legalmente vinculantes –salvo en lo referente a reclamos sobre plantaciones del Estado y respecto de empresas del Estado–, desde su creación hasta el 2005 había recibido 1.236 reclamos de parte de los maoríes. Sobre estos, el Tribunal había emitido 90 informes que comprendían un total de 428 reclamaciones (Stavenhagen, 2006). Los acuerdos logrados hasta la fecha abordan una amplia gama de materias, entre ellas, el reconocimiento del daño causado al pueblo Maorí, así como una petición de disculpas del gobierno; una compensación financiera y comercial por el incumplimiento del Tratado de Waitangi; y una compensación cultural en general vinculada al reconocimiento de la relación espiritual, cultural e

19 La participación indígena en esta Asamblea fue clave para incorporar en esta carta derechos fundamentales de sus pueblos, como los relacionados con la propiedad colectiva de la tierra (resguardos), el derecho al territorio, y a esferas importantes de autonomía en materia de gobierno de sus territorios y de ejercicio de funciones jurisdiccionales.

20 El Senado está compuesto por 102 senadores, 100 por voto popular en todo el territorio, y dos elegidos por la circunscripción especial indígena.

histórica o tradicional de los reclamantes con el ambiente natural, sitios, y áreas de interés.

En cuanto a la participación política, los maoríes han contado con escaños especiales en el Parlamento desde la aprobación de la Ley de Representación Maorí de 1867[21]. A partir de 1993 se estableció el sistema de representación electoral mixto proporcional, que permitió a este pueblo registrarse en un padrón electoral creado para estos efectos. Este mecanismo se basó en criterios de autoidentificación indígena, permitiendo a este pueblo asegurar cierto grado de representación en esta instancia. A la vez, les permitió no ser marginados de elegir a representantes en el padrón general. Desde entonces, el porcentaje de representación maorí en el Parlamento se ha incrementado. Al 2011, el total de representantes maoríes alcanzaba a 21 del total de 121, lo que constituye el 17,3% de su composición total, cifra levemente superior a su porcentaje de población.

Otra experiencia interesante es la de Noruega, con una población de entre 40 mil y 60 mil indígenas. El pueblo saami fue hasta hace poco objeto de políticas de asimilación en ese país. Producto de sus reclamos por su exclusión, el desconocimiento de los derechos sobre sus tierras y la imposición de proyectos de inversión, como la central hidroeléctrica en Alta, los saami lograron que en 1987 el Parlamento noruego aprobara la Ley 56.1987 que crea el Parlamento saami (Sámediggi). Dicha ley tiene por objeto "permitir al pueblo saami de Noruega salvaguardar y desarrollar su idioma, cultura y forma de vida" (art. 1). Además, el artículo 21 establece que "la materia del Parlamento Saami es toda aquella que, según el Parlamento, afecte particularmente al pueblo saami". De acuerdo con James Anaya, la ley le entrega funciones duales al parlamento entre las que se encuentran la de servir de cuerpo político electivo de los saami, y la de desempeñar funciones administrativas que le son delegadas por la ley, o celebrar acuerdos con la autoridad del Estado dentro de las áreas que afectan al pueblo Saami (Anaya, 2011). En 1988 una reforma a la Constitución Política de Noruega estableció la responsabilidad del Estado de crear condiciones para posibilitar que este pueblo preserve su idioma, su cultura y formas de vida (art. 110a).

21 Su origen dataría, sin embargo, del Acta Constitucional de Nueva Zelanda aprobada por el Parlamento Británico en 1852.

LA SITUACIÓN EN CHILE

El Estado chileno no ha asumido su condición pluricultural a nivel constitucional. El ejemplo más cercano de formas de participación y autonomía relativa se encuentra en las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), las que según la Ley 19.253 (en adelante Ley Indígena) corresponden a "espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades"[22]. Las ADI son declaradas por el Ministerio de Desarrollo Social a propuesta de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), y para su establecimiento deben concurrir los siguientes requisitos: "a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; b) Alta densidad de población indígena; c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas; d) Homogeneidad ecológica, y e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de estos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna"[23]. Hasta el año 2013 se han establecido un total de once ADI.

Las ADI, si bien son un instrumento de gestión estatal con participación indígena, pueden constituirse en una expresión concreta del autodesarrollo y/o la autogestión. En este sentido, se busca la acción preferente del Estado y la sociedad en espacios territoriales delimitados y con alta densidad de población indígena, para incentivar las capacidades propias de los pueblos indígenas en el uso de sus propios recursos naturales, humanos, económicos y culturales, promoviendo así el desarrollo con identidad de acuerdo con las propias definiciones de las comunidades involucradas.

Cabe hacer referencia aquí a las reformas constitucionales[24] que otorgaron a la Isla de Pascua la calidad de territorio especial. La última de ellas, que mandata en su artículo 126 bis

22 Ley 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena [conocida como Ley Indígena], art. 26.

23 Ibídem.

24 Boletín 3955-07 Reforma constitucional que establece los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández, de fecha 16 de agosto de 2005; y Boletín 6756-07 Modifica el artículo 126 bis de la Constitución Política de la República, sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández, de fecha 6 de noviembre de 2009. La tramitación de estos proyectos dio origen a las leyes 20.193 y 20.573, publicadas el 30 de julio de 2007 y el 6 de marzo de 2012, respectivamente.

establecer un "Estatuto Especial" para este territorio insular, es consecuencia de la demanda del pueblo rapa nui por lograr una mayor participación política, autonomía y control sobre su territorio y sus vidas, así como de factores como el aislamiento geográfico y riqueza patrimonial, arqueológica y natural de la isla. En cumplimiento de esta reforma constitucional, en 2008 fue ingresado al Congreso Nacional, por medio de un Mensaje Presidencial, una propuesta sobre Estatuto Especial de Gobierno y Administración para el territorio de la Isla de Pascua[25], el que se encuentra sin discusión –en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados– desde diciembre de 2010. Este proyecto de ley, sin embargo, se refiere a la situación especial de aislamiento que afecta a Isla de Pascua, pero no reconoce derechos de autonomía al pueblo rapa nui, y les otorga escasa participación en los cargos y órganos públicos que se crean para la administración del territorio. Además, propone reordenar las autoridades que encabezan la dirección de la Isla, utilizando un modelo muy similar al resto del territorio, convirtiéndola en una unidad territorial similar a una "región" dependiente administrativamente del gobierno central.

La Ley Indígena también contiene normas que reconocen, por un lado, la autoridad tradicional indígena en el ámbito de su territorio y, por otro, instancias de participación indígena en la definición de su propio desarrollo, las que se relacionan con la participación en el desarrollo y definición de las políticas públicas a desarrollarse en las ADI (art. 27), la concurrencia a instancias de participación que se reconocen a otros cuerpos intermedios (art. 34) y la participación en la administración[26] de las áreas silvestres protegidas (parques o reservas) ubicadas en las ADI (art. 35).

En el caso de los Huilliche, la Ley Indígena "reconoce en esta etnia el sistema tradicional de cacicados y su ámbito territorial. De acuerdo con la norma, las autoridades del Estado establecerán relaciones adecuadas con los caciques y sus representantes para todos aquellos asuntos que se establecen en el Párrafo 2° del Título III y en el Párrafo 1° del Título V"[27].

25 Boletín 5940-06, de fecha 2 de julio de 2008.

26 Para esto, corresponde a la Corporación Nacional Forestal (CONAF) o al Servicio Agrícola Ganadero (SAG) y la CONADI, de común acuerdo, determinar la forma y alcance de esta participación y los derechos de uso de los indígenas.

27 Ley 19.253, art 61.

Respecto de los Rapa Nui, la Ley Indígena crea la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA), que al igual que las ADI es un instrumento de gestión del Estado con participación indígena, cuyo ámbito de competencia es: "1. Proponer al Presidente de la República las destinaciones de tierras contempladas en los artículos 3 y 4 del DL N° 2.885 de 1979; 2. Cumplir las funciones y atribuciones que el DL N° 2.885 de 1979 entrega a la Comisión de Radicaciones. Para efectos de asumir estas funciones se establecen algunos criterios rectores: a) analizar las necesidades de tierras urbanas y rurales de la población Rapa Nui o pascuense, b) evaluar el aporte que dichas tierras hacen al desarrollo de Isla de Pascua y la comunidad Rapa Nui o pascuense y c) fomentar la riqueza cultural y arqueológica de Isla de Pascua; 3. Formular y ejecutar programas, proyectos y planes de desarrollo tendientes a elevar el nivel de vida de la comunidad Rapa Nui, conservar su cultura, preservar y mejorar el medio ambiente y los recursos naturales existentes en Isla de Pascua; 4. Colaborar con la Corporación Nacional Forestal en la administración del Parque Nacional de Isla de Pascua; 5. Colaborar en la conservación y restauración del patrimonio arqueológico y de la cultura Rapa Nui o pascuense, en conjunto con las universidades y el Consejo de Monumentos Nacionales, y 6. Preparar convenios con personas e instituciones nacionales y extranjeras para el cumplimiento de los objetivos precedentes"[28].

La CODEIPA está integrada por un representante de los ministerios de Planificación y Cooperación, Educación, Bienes Nacionales y Defensa Nacional; por un representante de la Corporación de Fomento de la Producción, otro de la Corporación Nacional Forestal y otro de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; el gobernador de Isla de Pascua; el alcalde de Isla de Pascua y seis miembros de la comunidad rapa nui elegidos de conformidad al reglamento dictado para tal efecto –el que establece un sistema de sufragio universal–, uno de los cuales deberá ser el presidente del Consejo de Ancianos. La CODEIPA es presidida por el gobernador y actúa como secretario técnico el jefe de la Oficina de Asuntos Indígenas de Isla de Pascua (artículo 68).

28 Ibídem, art. 67.

En materia de participación de los pueblos indígenas en las instancias de representación establecidas en la Ley Indígena, preocupa al INDH que el Consejo Nacional de la CONADI –órgano a cargo de la dirección superior de este servicio– cuente con miembros indígenas que solo representan a cuatro de los nueve pueblos indígenas reconocidos por dicha ley. Preocupa también que de acuerdo con el artículo 41 de la mencionada norma, solo participan en el proceso eleccionario para definir tales representantes las comunidades y asociaciones indígenas reconocidas por el mismo cuerpo legal. Sobre el particular, el INDH hace presente la importancia de avanzar hacia formas de representación que incluyan a todos los pueblos indígenas reconocidos por la ley, y en cuya elección participen todas sus instituciones representativas.

En este mismo ámbito, debe consignarse que el 1 de agosto de 2013 ingresó a la Cámara de Diputados un mensaje del Poder Ejecutivo que propone modificar la Ley Indígena con el fin de establecer atribuciones adicionales para los consejeros indígenas integrantes del Consejo Nacional de CONADI y para los miembros elegidos del pueblo Rapa Nui que integran la CODEIPA. Además, el proyecto de ley propone crear una dieta para los/as representantes del pueblo Rapa Nui en la CODEIPA, así como aumentar el monto que actualmente establece el artículo 43 del mismo cuerpo legal para los consejeros elegidos por las asociaciones y comunidades indígenas que integran el Consejo Nacional de CONADI.

Otra norma que avanza en la dirección de reconocer autonomía a los pueblos indígenas en el país es la Ley 20.249 de 2008 que crea una nueva figura jurídica: el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO). Esta normativa fue el resultado de un largo proceso organizativo liderado por los mapuche lafkenche.

Los ECMPO son espacios marinos delimitados, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o sus asociaciones, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio (art. 2 letra e), a los fines de mantener las tradiciones y la utilización de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. Cada ECMPO es entregado en destinación por el Ministerio de Defensa Nacional a la Subsecretaría de Pesca, entidad que suscribe el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria (art. 3), la que deberá asegurar la conservación de los recursos naturales comprendidos en él y propender al bienestar de las comunidades, conforme a un plan de administración (art. 5).

El proceso de solicitud y constitución de los ECMPO ha sido complejo para las comunidades y asociaciones de comunidades. A la fecha de redacción del presente informe, de acuerdo con la información de la Subsecretaría de Pesca, solo se ha constituido un ECMPO en el sector Punta Capitanes, comuna de Fresia, Región de Los Lagos[29].

En otro orden de cosas, cabe resaltar que el Decreto Ley Nº 701 de 1974 sobre fomento forestal ha sido modificado recientemente para permitir a las personas naturales, comunidades indígenas o parte de estas que hayan sido beneficiarias de los programas de tierras, desafectar los predios respectivos de las obligaciones establecidas en el mencionado decreto, sin verse expuestos a las consecuencias pecuniarias previstas como resultado de dicha desafectación. Esta modificación implica una manifestación concreta del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, en la medida que permite a los beneficiarios de mecanismos de ampliación de tierras destinar estas últimas a los propósitos que estimen más apropiados a sus prioridades de desarrollo o manifestaciones culturales.

A la luz de los desarrollos normativos enunciados y de la experiencia comparada revisada, el INDH estima necesario avanzar en el reconocimiento del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, fortaleciendo y expandiendo los espacios institucionales que permitan encarnar este principio. Un requisito para avanzar en esta dirección es abrir el debate y concertar con los propios pueblos indígenas un diálogo que encare este desafío.

Sin embargo, se trata de un debate que no parte de cero, sino que encuentra orientación en las directrices y lineamientos que sobre la materia han entregado en años recientes diversas entidades preocupadas por la realidad y derechos de los pueblos indígenas tanto en el ámbito nacional como internacional.

29 Información disponible en el sitio web de la Subsecretaría de Pesca (http://www.subpesca.cl/institucional/602/w3-propertyvalue-50834.html), consultada el día 29 de agosto de 2013.

A nivel nacional constituyen insumos relevantes las propuestas y recomendaciones formuladas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, en particular aquellas relativas a la necesidad de consagrar constitucionalmente los derechos colectivos de carácter político de los pueblos indígenas[30].

En el plano internacional es importante tener presentes las recomendaciones formuladas por el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sr. James Anaya, en su informe de misión a Chile el 2009[31]; las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas a Chile en 2013, relativas a la necesidad de avanzar hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas de conformidad a los estándares internacionales que les son aplicables[32]; así como las orientaciones dadas al Estado tras concluir su misión a Chile, por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, en particular lo referido a la elaboración de una estrategia nacional para abordar las situaciones de conflictividad que afectan la relación entre los pueblos indígenas –en particular al pueblo mapuche y al Estado– y la conformación de una Comisión Consultiva Nacional con participación de los distintos actores involucrados[33].

30 Entre ellas, el derecho de participar de la formación de la voluntad general de la nación, mediante la elección de sus propios representantes en el Congreso nacional; el derecho a participar en la integración y gestión del gobierno de nivel comunal y regional; el reconocimiento de sus instituciones e instancias propias organizativas de cada pueblo; y de su derecho consuetudinario o propio (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003).

31 "El Relator Especial valora las iniciativas tendientes a fortalecer la participación de los pueblos indígenas en las estructuras del Estado y urge al Estado a asegurar su participación en condiciones de igualdad y tomando en cuenta sus formas tradicionales de organización, de acuerdo con las normas internacionales" (Anaya, 2009, párr. 52).

32 El Comité recomendó al Estado de Chile sobre el particular "a) dar prioridad al proceso de reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, como un primer paso hacia la resolución concertada de sus reclamos; b) cumplir su obligación de garantizar la consulta de los pueblos indígenas, como una medida de participación efectiva en lo que respecta a toda disposición legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente sus derechos a la tierra y a los recursos que poseen o que tradicionalmente han utilizado, consagrado en estándares internacionales; c) tomar en cuenta las recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con la denominada Consulta Indígena; y d) acelerar el proceso de adopción de un mecanismo institucionalizado de consulta en concordancia con estándares internacionales" (CERD, 2013, párr.12).

33 "Es mi firme recomendación que la responsabilidad por el diseño e implementación de la Estrategia Nacional debería ser devuelto a una alianza entre el Gobierno y una nueva Comisión Consultiva Nacional. Esta Comisión debiera incluir representantes de los principales partidos políticos, los grupos de interés más directamente involucrados (los Mapuche, pequeños y grandes terratenientes rurales, e intereses comerciales, además de las víctimas de la violencia rural), además del Instituto Nacional de Derechos Humanos. La representación Mapuche en la Comisión debe reflejar un espectro lo más amplio posible de los intereses de las comunidades Mapuche. Especialistas expertos internacionales y regionales podrán asistir a la Comisión en la construcción del consenso sobre los principales desafíos y sus posibles soluciones" (Emerson, 2013, pág. 15).

BIBLIOGRAFÍA

Anaya, J. (2005). *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional.* Madrid: Editorial Trotta.

Anaya, J. (14 de septiembre de 2009). *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe sobre su visita de trabajo a Chile, los días 5 al 9 de Abril de 2009. A/HRC/12/34/Add.6.*

Anaya, J. (6 de junio de 2011). *The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland. A/HRC/18/35/Add.2.*

Anaya, J. (25 de abril de 2013). *El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. Conferencia en el Evento "El rol de los Ombudsman en América Latina: el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas".* Obtenido de http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional

CERD. (30 de agosto de 2013). *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º* de Chile. *CERD/C/CHL/CO/19-21.*

Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. (2003). Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago.

Emerson, B. (30 de julio de 2013). *Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.* Obtenido de http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13598&LangID=S

INDH. (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (4 de enero de 2013a). *Declaración Pública: Instituto Nacional de Derechos Humanos repudia actos de violencia en La Araucanía y llama al diálogo.* Santiago. Obtenido de http://www.indh.cl/declaracion-publica-instituto-nacional-de-derechos-humanos-repudia-actos-de-violencia-en-la-araucania-y-llama-al-dialogo

INDH. (13 de mayo de 2013b). *El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 - Sesión Extraordinaria 152.* Santiago.

INDH. (2013c). *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena.* Santiago.

La Nación. (4 de enero de 2013). *Atentado en Vilcún: Piñera anuncia "zona de control" policial y "unidad antiterrorista".* Obtenido de http://www.lanacion.cl/atentado-en-vilcun-pinera-anuncia-zona-de-control-policial-y-unidad-antiterrorista/noticias/2013-01-04/144256.html

Mackay, F. (1999). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional. Una fuente instrumental para las Organizaciones Indígenas.* Lima: APRODEH.

Moreno, M. (2007). La participación política de los pueblos indígenas en Colombia: desafíos y dilemas de la interculturalidad. En IIDH, *Estudios sobre participación política indígena* (págs. 43-64). San José .

O'Donell, D. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas Universal e Interamericano.* México, D.F.: ACNUDH y EGAP.

Padilla, G. (2011). Colombia: Violencia, interculturalidad y democracia. En V. Cárdenas, A. Fernando , A. Jouannet, G. Padilla, L. Maldonado, V. Jirón, E. Salmón, *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en Amércia Latina* (págs. 141-170). La Paz: Fundación Konrad Adenauer.

Stavenhagen, R. (13 de marzo de 2006). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen. Mission to New Zealand.* E/CN.4/2006/78/Add.3 .

2

TERRITORIOS Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerda



TERRITORIOS Y DERECHOS HUMANOS

2

ANTECEDENTES

Las protestas en Magallanes a inicios de 2011 –originadas como respuesta al aumento del precio del gas, asunto particularmente sensible para la región austral– marcaron el inicio de recientes movilizaciones en regiones y comunas en demanda de mejores condiciones de vida. La población que habita en lugares distintos a Santiago reclama un acceso más justo a bienes públicos como salud, educación y vivienda, conectividad y transporte, protección ante la contaminación y cuidado del medio ambiente, y mayores beneficios de los recursos que producen sus territorios. Es así como el cuestionamiento a las desigualdades territoriales ha estado presente en las demandas de Huasco (mayo de 2009), Punta Arenas (enero de 2011), Aysén (febrero de 2012), Quellón (mayo de 2013), Calama (junio de 2013), Corral (julio de 2013) y Tocopilla (agosto de 2013), entre otras ciudades.

El reclamo por una mayor participación en los beneficios del crecimiento económico y el desarrollo alcanzado, según los índices macroeconómicos, se produce en momentos en que los procesos de regionalización y descentralización están en debate público: el tema es de obligatoria referencia en la campaña electoral en curso; y en el Parlamento está en debate el proyecto de ley relativo al fortalecimiento de la regionalización del país[1]. La ciudadanía exige participación y poder de decisión en la definición de las prioridades de desarrollo regionales, y mayores recursos para hacerlo efectivo. Desde movimientos y organizaciones territoriales, sociales y gremiales se indica la necesidad de mayores grados de democracia en los contextos regionales y locales, y más autonomía en las decisiones y manejo de recursos[2]. La elección de las autoridades regionales hasta ahora designadas por el/la Presidente/a, como intendentes y gobernadores/as, forma parte de los aspectos en debate. En tal sentido, constituye un avance la primera elección directa de los Consejos Regionales este año[3]. Esta entidad, que junto con el o la intendente constituye el gobierno regional, tiene facultades normativas, resolutivas y fiscalizadoras: puede aprobar, modificar o sustituir los proyectos y proposiciones del intendente respecto de planes y estrategias regionales de desarrollo, y decidir respecto de la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que corresponde a la región, entre otras potestades.

Chile es un país fuertemente centralizado; existe coincidencia en la literatura respecto del centralismo político y administrativo característico de la tradición republicana chilena, donde Santiago ha sido, salvo breves períodos, la capital y el centro político y administrativo del país[4]. Las posibilidades y oportunidades de las personas dependen en buena medida del lugar donde habitan; la información disponible muestra

1 Boletín 7963-06, ingresado el 5 de octubre de 2011 y actualmente en Primer Trámite Constitucional.

2 Por ejemplo, el petitorio de movimiento social de Calama incluía lo siguiente: 5% de las utilidades de CODELCO para la administración municipal, una compensación de 400 millones de dólares para infraestructura y urbanismo; renacionalización del agua, el litio y el cobre; medidas paliativas por la contaminación minera, y más profesionales y especialistas para el hospital de la ciudad.

3 Ley Nº 20.678 que modifica la Ley Nº 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, publicada en el Diario Oficial el 19 de junio de 2013. El número de consejeros varía por región: aquellas con hasta 400 mil habitantes escogen 14 consejeros/as; 16 consejeros en las regiones de más de 400 mil habitantes; 20 en las regiones de más de 800 mil habitantes; 28 en las regiones de más de un millón quinientos mil habitantes; y 34 consejeros regionales en las regiones de más de cuatro millones de personas.

4 La literatura es profusa. Además de los trabajos de CEPAL y PNUD citados en este capítulo, se pueden consultar, entre otros autores, a Eduardo Palma, Dolores Rufián, Luis Thayer Correa y Patricio Aroca.

desigualdades en la distribución social y territorial del desarrollo alcanzado. Según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "[h]ay marcadas diferencias entre las distintas regiones en lo concerniente al bienestar de la población, las capacidades de sus gobiernos y las facultades para adoptar decisiones. Existe también una tendencia a reproducir la desigualdad, puesto que las regiones con mayor tasa de pobreza presentan los mayores retrasos en la acumulación de capital humano. Estos elementos quedan de manifiesto al realizar un análisis desglosado a nivel subnacional del logro de los ODM [Objetivos del Milenio] o en los indicadores regionales del Índice de Desarrollo Humano" (PNUD, 2010, págs. 2-3).

Ejemplo de ello es el comportamiento del mercado laboral: en los últimos quince años, Biobío, La Araucanía y Los Ríos han compartido las menores tasas de participación laboral y los mayores porcentajes de desempleo, mientras que en la Región Metropolitana, Aysén y Magallanes se observan, en cambio, las mayores tasas de participación y los más bajos niveles de desocupación (Betancor, 2013). Al respecto, Frigolet señala que "[e]l mercado laboral es una fuente de concentración más potente aún que la propia matriz de producción. Es notable la concentración de la masa de salarios en la RMS [Región Metropolitana], y no solo en términos de valor acumulado, sino que el promedio de renta anual [de la población asalariada] casi duplica al promedio del país, y es por lejos la mayor de todas las regiones. Mientras la remuneración promedio[5] del país es de UF 161 (es decir unos $340.000 por mes), en la RMS este valor se eleva a casi $600.000" (2013, pág. 12).

En materia de salud, la zona centro del país duplica la disponibilidad de especialistas: para 2010 el norte y el sur del país mostraban tasas de 1.836 y 1.777 personas por médico especialista público y privado, respectivamente, mientras en el centro la disponibilidad era de 1 por cada 878 personas (Fabregas, 2013). A nivel educacional, el estudio sobre las desigualdades en Chile realizado por el Senado de la República concluye que "las comunas con zonas aisladas[6] presentan un comportamiento similar, ya que en cada una de ellas más del 50% superan los porcentajes nacionales de personas tanto sin educación formal como con educación básica incompleta. Adicionalmente, en estas comunas se presentan condiciones similares desde el punto de vista del empleo, en el cual predominan actividades ligadas al sector primario y terciario" (2012, pág. 206).

Uno de los aspectos más críticos de la inequidad territorial del país está determinado por el emplazamiento de proyectos de inversión, gran parte de ellos destinados a la extracción de recursos naturales o a la construcción de infraestructura. Dado que la economía del país depende de manera importante de la explotación de materias primas –mineras, silvícolas, pesqueras, etc.–, tales proyectos de inversión se emplazan mayoritariamente en aquellas regiones donde dichos recursos están ubicados (Meller, 2013). Una de las paradojas es que, según la legislación vigente –en particular la normativa tributaria–, la mayor parte de las ganancias de tales actividades beneficia a Santiago, en tanto que los costos sociales y ambientales quedan en las localidades en que se ubican.

Es comprensible que esta realidad de inequidad genere rechazo en la población regional, pues cuando sus voces no son escuchadas suelen generarse conflictos. Por ello, desde el punto de vista de las buenas prácticas de gobierno, es relevante que existan mecanismos de participación ciudadana que permitan a las comunidades incidir en la toma de decisiones.

Otra fuente de conflicto es la inexistencia de una legislación que permita, más allá de las iniciativas voluntarias de responsabilidad social empresarial, que las empresas a cargo de estas inversiones compartan sus beneficios con las comunidades locales y regionales afectadas. A ello se

5 Para dar cuenta del salario promedio de la población regional, Frigolett consideró la masa de remuneraciones pagadas a la población asalariada formal de cada región. Este cálculo sitúa a las regiones Metropolitana (UF 282), Antofagasta (UF 249) y Atacama (UF 203) en los tres primeros lugares del ranking, ordenamiento distinto al derivado del Ingreso Promedio Per Cápita que se calcula a partir del PIB regional y la población total de la región.

6 Para este estudio se realizó un consolidado de comunas con zonas aisladas, a partir de la fusión de tres conceptualizaciones: i) las comunas en que la habitabilidad está condicionada por factores geográficos y una escasa infraestructura de conexión (MOP, 2004); ii) frontera crítica: aquellas comunas que se encuentran o poseen grandes desventajas comparativas territoriales (físicas, económicas, demográficas, culturales y administrativas), respecto de las otras comunas de la región (Ministerio de Defensa y Ejército de Chile, 1994); y iii) comunas con aislamiento crítico (SUBDERE , 1999).

suman los daños causados por dichas inversiones, los que no siempre son adecuadamente compensados. En el Informe Anual 2012 se identificaron desde la perspectiva de derechos humanos 97 conflictos socioambientales que han tenido lugar a lo largo del país entre enero de 2010 y junio de 2012. La gran mayoría de ellos se emplaza en localidades rurales e indígenas apartadas del centro del país. Parte de las causas que generan estos conflictos están relacionados con los aspectos antes señalados (INDH, 2012b).

Sobre estas materias es importante relevar dos hechos: el primero, relacionado con la unanimidad de posiciones entre las candidaturas presidenciales respecto del ordenamiento territorial y la ubicación de los proyectos de inversión en zonas determinadas; y segundo, la aprobación este año del reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental[7].

Durante el 2012 y 2013, el INDH ha estudiado la descentralización y el desarrollo territorial desde la perspectiva de los derechos humanos, en particular, la preocupación por la desigualdad y discriminación que puede afectar el ejercicio de derechos de las personas en razón del lugar en que habitan. En este contexto, el Instituto ha revisado y sistematizado la legislación vigente, los proyectos de ley y las políticas públicas en la materia de la última década, ha hecho una sistematización de los estudios y ha recogido la percepción de organizaciones y movimientos sociales en algunas regiones del país (INDH, 2012a; INDH, 2013).

Esta iniciativa se enmarca en el interés por profundizar el análisis entre territorios y derechos humanos, entendiendo por tales los espacios geográficos que se pueden determinar en función de realidades culturales y sociales, económicas y ambientales, y no solo desde un punto de vista administrativo. Como señalan algunos/as autores, el territorio es "un espacio con identidad socialmente construida. Esta definición tiene la particularidad de poner el acento en los procesos sociales, económicos, culturales, históricos que dan forma y sentido al territorio, en contraposición con otras definiciones que tienen un contenido normativo" (Berdegué, y otros, 2011). La "[t]erritorialización hace referencia a una dimensión espacial de los fenómenos sociales y políticos" (Retamal, 2012).

En este capítulo, el INDH revisa los estándares internacionales de derechos humanos en materia de territorios y descentralización. Luego presenta una síntesis de las normas y principales políticas donde se observan problemas relativos a la desigualdad territorial, y de las percepciones sobre el problema que expresaron al INDH personas de organizaciones y movimientos en algunas regiones del país.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS[8]

Los pueblos tienen derecho a la autodeterminación y en tal virtud –indica el Pacto de Derechos Civiles y Políticos– "establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural" (art 1). Cada Estado tiene plena soberanía en la organización del poder político y administrativo en el territorio de su jurisdicción. Aun cuando no se haga referencia a la forma de organización particular que deben adoptar o a la descentralización como un principio deseable de la gestión pública, los instrumentos de derechos humanos establecen como obligación de los Estados garantizar a todas las personas que habitan un territorio el goce igualitario de derechos sin discriminación[9], la participación en la decisión sobre los asuntos públicos[10] y acceder a los beneficios del desarrollo[11].

En materia de derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado a los Estados que, respecto de la aplicación del instrumento en su territorio, "la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido

7 Decreto 40 del Ministerio del Medio Ambiente, publicado el 12 de agosto de 2013 y que entrará en vigencia el 24 de diciembre de 2013.

8 Todos los instrumentos vinculantes referidos han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

9 Esta disposición forma parte sustancial de muchos de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. En particular el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto DESC, y el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10 Entre otros, el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

11 Entre otros, los artículos 11 y 28 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos"[12].

En materia de derechos económicos, sociales y culturales, el Comité del Pacto DESC ha señalado que "[e]l ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no debe depender del lugar en que resida o haya residido una persona, ni estar determinado por él. Por ejemplo, no debe depender del hecho de vivir o estar inscrito en una zona urbana o rural o en un asentamiento formal o informal, ni de ser un desplazado interno o llevar un estilo de vida nómada tradicional. Es preciso erradicar, en la práctica, las disparidades entre localidades y regiones, por ejemplo, garantizando la distribución uniforme, en cuanto al acceso y la calidad, de los servicios sanitarios de atención primaria, secundaria y paliativa"[13]. Preocupación similar se constata en el sistema interamericano de derechos humanos, en particular respecto del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. En los lineamientos para la formulación de indicadores de progreso en el goce de estos derechos se indica que "los procesos de descentralización administrativa sin los suficientes recursos –económicos y humanos–, líneas de políticas y una buena articulación entre niveles de gobierno, pueden crear situaciones de inequidad en el acceso a servicios públicos de calidad equiparable entre los habitantes de diferentes regiones geográficas"[14].

Los asuntos relativos al territorio y los procesos de descentralización están vinculados principalmente con materias de democracia y desarrollo abordadas por la comunidad internacional. Cabe recalcar la interdependencia y refuerzo mutuo entre el concepto de democracia y el de desarrollo social y económico, como lo han destacado algunos documentos internacionales de carácter político como la Carta Democrática Interamericana[15], la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo[16], la Declaración del Milenio[17], así como las Directrices del Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) sobre Descentralización y Fortalecimiento de las Autoridades Locales[18] y las relativas al Acceso Universal a los Servicios Básicos[19].

En la Carta Democrática, los Estados afirmaron que "[l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia..." (art. 6); "La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos…" (art. 7); "La democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente" (art. 11); y, "[l]a promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio" (art. 13).

En la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo se afirma que los Estados "tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de este"[20], debiendo garantizarse, entre otras cosas, "la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos"[21].

12 Comité de Derechos Humanos. Observación General Nº 3 sobre la aplicación nacional del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.

13 Comité del Pacto DESC. Observación general Nº 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/20, del 2 de julio de 2009, párr. 34.

14 OEA. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser/L/V/II.129, 5 de octubre de 2007.

15 Adoptada por la Asamblea General de la OEA en septiembre de 2001, en Lima, y suscrita por Chile.

16 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

17 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 55/2, de 8 de septiembre de 2000.

18 Aprobadas por el Consejo de Administración de ONU-Hábitat mediante resolución 21/3, de 20 de abril de 2007.

19 Aprobadas por el Consejo de Administración de ONU-Hábitat mediante resolución 22/8, de 3 de abril de 2009.

20 Resolución 41/128 del 4 de diciembre de 1986.

21 Ibídem.

De manera específica, la descentralización ha sido abordada a nivel internacional a través de las resoluciones[22] del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) antes mencionadas, las que son el resultado de un proceso iniciado en la Conferencia Hábitat-II, en 1996, ocasión en que los Estados afirmaron que el desarrollo sostenible[23] de los asentamientos humanos puede lograrse "mediante una descentralización efectiva de las responsabilidades y una asignación proporcionada de recursos a las instituciones más representativas de los sectores interesados de la población y más cercanas a ellas, a fin de iniciar un proceso de ordenación urbana basado en una visión común, que al mismo tiempo garantice y proteja los derechos humanos"[24]. Particularmente importante en este sentido es el principio de subsidiariedad, que "constituye la razón de ser del proceso de descentralización. Según este principio, las autoridades elegidas que están más próximas a los ciudadanos deberán desempeñar las responsabilidades públicas" (ONU-Hábitat, 2009, pág. 10).

En relación con las Directrices sobre Descentralización y Fortalecimiento de las Autoridades Locales, ONU-Hábitat ha señalado que "la descentralización eficaz es un elemento de la buena gobernanza[25] y una expresión de la práctica democrática y de una administración pública eficiente. También se reconoce que las autoridades locales elegidas, conjuntamente con las autoridades nacionales y regionales, son agentes decisivos de la gobernanza y la administración democráticas que colaboran con las autoridades nacionales y regionales, pero tienen también sus propias esferas autónomas de actividad pública" (2009, pág. 7). En particular, dichas directrices versan sobre gobernanza y democracia, facultades y responsabilidades de las autoridades locales, relaciones administrativas entre las autoridades locales y las demás instancias de gobierno, y recursos y capacidades financieras de las autoridades locales.

22 Resoluciones 21/3 Directrices sobre Descentralización y Fortalecimiento de las Autoridades Locales y 22/8 Directrices relativas al Acceso Universal a los Servicios Básicos, aprobadas por el Consejo de Administración de ONU-Hábitat el 20 de abril de 2007 y el 3 de abril de 2009, respectivamente.

23 Aquel que involucra "el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente". Plan de Acción Mundial de Hábitat II, párr. 4.

24 Ibídem, párr. 177.

25 "La gobernanza tiene dos dimensiones: la política y la técnica. En su dimensión política, requiere participación, adopción de decisiones y liderazgo. En su dimensión técnica, requiere evaluación de las necesidades, planificación, negociación de contratos, aplicación de mecanismos contables, actividades de vigilancia y evaluación de los efectos. En ambas dimensiones se requiere transparencia y la capacitación adecuada de los interesados directos pertinentes" (ONU-Hábitat, 2009, pág. 17).

NORMAS Y POLÍTICAS NACIONALES

La Constitución de la República dispone que el Estado de Chile es unitario, sin perjuicio de lo cual concibe la administración estatal funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada (art. 3). El carácter unitario reside en la existencia de un solo centro de administración política y gubernamental que radica en el Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. En la organización territorial del poder esto se traduce en la atribución del Presidente de nombrar y remover a los Intendentes y Gobernadores (art. 32 N° 7); en los primeros se delega la función de gobierno de la región, y a los segundos corresponde estar a cargo de las gobernaciones provinciales, órganos territorialmente desconcentrados del Intendente. No ocurre lo mismo en el caso de las municipalidades, que son corporaciones autónomas de derecho público, y que están lideradas por un Alcalde y Concejales comunales directamente elegidos por la ciudadanía de la comuna[26].

La Constitución mandata a los órganos del Estado fortalecer la regionalización y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas (art. 3). En específico, en las disposiciones sobre gobierno y administración interior del Estado, establece la obligación de observar como principio básico "…la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos" (art 115).

26 Estas normas constitucionales, que establecen los principios básicos de la organización territorial del país, se encuentran desarrolladas por las leyes, particularmente la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

El fortalecimiento de la regionalización y la descentralización debe estar acorde a derechos humanos. En efecto, la Constitución reconoce en forma amplia y transversal, desde su artículo 1 y a través de diversos derechos fundamentales, el principio de igualdad, que es organizativo del poder del Estado así como un derecho fundamental de las ciudadanas y ciudadanos. Es finalidad del Estado "promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" (art. 1 inciso 4) y "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional" (art. 1, inciso 5).

En una de las dimensiones de la descentralización, como es la fiscal, la Constitución Política alude en su artículo 115 al principio de solidaridad en la distribución de recursos públicos, tanto entre las regiones como al interior de ellas, y también a los criterios de equidad y eficiencia en la distribución entre regiones de las inversiones sectoriales de asignación regional. Del mismo modo, el artículo 122 de la Constitución se refiere al principio de redistribución solidaria de los ingresos propios de las municipalidades del país.

Las disposiciones constitucionales descritas se han ido incorporando o modificando a medida que se ha ido avanzando en el proceso de regionalización y descentralización en el país. En 1974 se adoptó una nueva división político-administrativa que dividió el territorio en 13 regiones y 51 provincias, las primeras a cargo de un intendente y las provincias de un gobernador, ambos de la confianza exclusiva del Presidente de la República. Al mismo tiempo se estableció una estructura institucional y administrativa de respaldo a la administración regional para apoyar una gestión territorial más descentralizada: se crearon los Consejos Regionales de Desarrollo (COREDES), las Secretarías Regionales de Planificación y Coordinación (SERPLAC), y las Secretarías Regionales Ministeriales (SEREMI). Para generar procesos más descentralizados de asignación y administración de los recursos públicos, en 1975 se creó el Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR). Adicionalmente, entre 1979 y 1989 se implementaron reformas orientadas a ampliar el rango de competencia de los municipios "que pasaron a compartir responsabilidades con el gobierno central en la provisión de servicios de educación, salud, cultura, recreación, deporte, promoción del empleo, vivienda y asistencia social" (Espinoza & Marcel, 1993, pág. 9).

Con la recuperación de la democracia, "las dimensiones geopolíticas y corporativistas del proceso de regionalización se debilitaron, surgiendo en su lugar, una fuerte demanda por mayor participación de las regiones en las decisiones públicas" (Espinoza & Marcel, 1993, pág. 31). A comienzos de los años noventa se introdujo la elección de alcaldes y concejales en las municipalidades, y se crearon los gobiernos regionales[27], así como nuevos instrumentos, "como las inversiones sectoriales de asignación regional (ISAR), que traslada[ron] al nivel regional la decisión sobre la asignación de recursos a proyectos específicos de inversión dentro de programas administrados tradicionalmente por el nivel central" (Espinoza & Marcel, 1993, pág. 8). Un año después, el 11 de noviembre de 1992, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional que abordó, entre otras, materias relativas al gobierno de la región, a las competencias y atribuciones de los órganos constitutivos del gobierno regional, el mecanismo de elección de los miembros del Consejo Regional, y aspectos presupuestarios y patrimoniales de dicho gobierno (BCN, 2005).

Más recientemente se estableció la elección de los/as delegados/as a los CORES (Ley N° 20.030 de 2009). Sin embargo, lo central ha sido la "transferencia de competencias desde la administración central a otras administraciones, como es el caso de los gobiernos regionales y municipalidades. Esta desconcentración también se ha caracterizado por transferir atribuciones del ejecutivo a autoridades jerárquicamente inferiores con el objeto de administrar ciertas materias, claro está que estos organismos subnacionales no poseen facultades resolutivas y siempre se encuentran subordinadas al poder central" (Montecinos, 2013).

27 "En noviembre de 1991 se promulgó la reforma constitucional que modificó el Capítulo XIII de la Constitución Política de la República, en lo relativo al sistema de administración regional, estableciéndose en nuestra institucionalidad los denominados 'gobiernos regionales', como instancias con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio. La referida reforma, encomendó la administración superior de cada región a estas nuevas instancias descentralizadas de la Administración del Estado, integradas por el Intendente y por el Consejo Regional" (BCN, 2005).

Por ejemplo, en el ámbito de las políticas públicas sociales, en particular aquellas que luchan contra la pobreza, la revisión hecha por el INDH muestra que los criterios territoriales se desatienden en la orientación de la acción pública[28]. Parte de las políticas sociales se implementan de manera homogénea en todo el territorio nacional como consecuencia, entre otras cosas, de un Estado y un aparato burocrático altamente centralizado. De este modo, en general, no se reconocen particularidades territoriales, y el foco se pone en ciudadanos/as promedio (INDH, 2013).

DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO TERRITORIAL, VOCES ESPECIALIZADAS Y PERCEPCIONES DE ACTORES CLAVE

Del conjunto de estudios revisados por el INDH[29], los/as autores/as y órganos especializados identifican factores políticos, económicos, administrativos y culturales que limitan la descentralización y el desarrollo territorial. Entre los primeros, se señala que la preocupación por el desarrollo territorial sigue siendo dirigida por el centro y que no se ha hecho lo suficiente por transferir parte de su poder. Los procesos de reforma institucional de los municipios y sobre todo de las regiones han sido demasiado lentos, y se han generado gobiernos subnacionales políticamente debilitados, con poco liderazgo (Rufián, 2009; Von Baer, 2009). Chile se ha transformado en el país más centralizado de Latinoamérica en relación con el tamaño de su economía, población y territorio (Marcel, 2013; Mirosevic, 2013). Este estilo de desarrollo ha sido exitoso a nivel macro-nacional, pero contrasta con las carencias a nivel micro-local. El desarrollo territorial, sin perjuicio de los ámbitos de acción y competencias propio de los órganos legislativos y ejecutivos, requiere reconocer las heterogeneidades entre regiones, y por tanto se debe delegar en los actores subnacionales la definición y ejecución de las acciones[30].

Del mismo modo, la idea de Chile como país altamente centralizado política y económicamente está presente en los actores clave consultados en tres regiones del país[31] –Aysén, Antofagasta y Los Ríos (INDH, 2012a–. La centralización es entendida como consecuencia de una institucionalidad que otorga pocos recursos políticos y económicos a las regiones para que puedan tomar decisiones de manera autónoma. Las decisiones se toman en Santiago. Una percepción común en las tres regiones es que el actual sistema político vulnera sus derechos políticos como el derecho a participar de las decisiones y poder elegir directamente a las autoridades regionales.

Entre los factores administrativos que dificultan el desarrollo regional y la descentralización están el que la administración central dirige las iniciativas de desarrollo regionales y locales de manera homogénea, sin permitir flexibilidad, y deja poco espacio para la iniciativa de las propias regiones y comunas. Así, la institucionalidad vigente está marcada por la uniformidad. Esto deriva en un déficit de atribuciones para planificar dicho desarrollo en las regiones, y en que existiendo recursos que se destinan al desarrollo económico territorial, prácticamente todos ellos son decididos por el nivel central (Von Baer, 2009). En ese sentido, el regreso a la democracia planteó una serie de reformas al diseño institucional descentralizado, tendiente a mejorar la prestación de servicios públicos (Montecinos, 2008). No obstante, en la práctica, las propuestas emanadas del centro político no han encontrado eco local, debido a la escasa vinculación legal que se hace de la planificación local con los recursos fiscales. Además, la descentralización puede no ser eficiente cuando hay una baja capacidad de administración subnacional, pudiendo repercutir en una pérdida de economías a escala (Irarrázabal & Pérez, 2009).

Para los/as ciudadanos/as de las regiones su desarrollo está más vinculado a una gestión política local (el Alcalde se

28 Se revisaron 51 reglamentos y 20 políticas y/o programas del período 2002-2012.

29 Se pesquisaron dos tipos de estudios: informes y/o reportes de investigación, y artículos o libros académicos. Las fuentes fueron revistas académicas chilenas, publicaciones de centros de estudios de universidades chilenas, publicaciones de organismos internacionales y publicaciones de centros de pensamiento vinculados a partidos políticos (INDH, 2012a).

30 Entre otros autores, Iván Silva, Carlos Sandoval, Dolores Rufián y Rafael Galdames (INDH, 2012a).

31 Los movimientos y organizaciones sociales consultadas fueron de diversa naturaleza, buscando recoger la diversidad de cada región y la representación que estas hicieran a las necesidades y desigualdades locales. En total se entrevistó a 29 líderes sociales (INDH, 2012a).

valora por ser una autoridad elegida y no designada), que a una gestión centralizada en el gobierno regional o nacional (Ministros). Hay niveles de insatisfacción por las diferencias de calidad de vida en el centro y las regiones; la independencia de Santiago se valora como un factor que la mejora (Thayer, 2011).

Estas percepciones están presentes en los actores claves consultados en regiones del país: a la descentralización se ligan conceptos como autonomía, mayor independencia y toma de decisiones locales. También se asocia con la idea de entender a Chile como un país diverso; las políticas públicas, centralizadas en diseño e implementación son, muchas veces, ineficientes porque soslayan estos aspectos. La descentralización contribuiría a resolver los problemas de desarrollo de cada localidad (INDH, 2012a). El enfoque territorial del desarrollo actual –desde el centro y uniforme– crea problemas al ejercicio de derechos económicos y sociales. En particular se mencionan los obstáculos para acceder a la salud y a la educación por el hecho de habitar en zonas distintas a las capitales regionales y al centro del país. Las carencias mencionadas incluyen dimensiones culturales de la calidad de vida como espacios de recreación para las familias y sus hijos/as, de parques y de áreas verdes (INDH, 2013).

La preocupación por la dimensión territorial de la desigualdad es poco abordada por la acción estatal. Así se evidencia en la voz de los actores locales como también en la literatura académica y especializada, y en políticas y/o programas revisados por el INDH. Cuando la desigualdad económica interactúa con la dimensión territorial, el resultado es un Chile que presenta desigualdades territoriales interregionales e intrarregionales. Es decir, los problemas de desarrollo no están distribuidos de manera homogénea en todo el territorio nacional y esto debe ser materia de revisión y acción de parte del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

BCN. (2005). *Historia de la Ley Nº 20.035 Introduce modificaciones a la Ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, en lo relativo a la estructura y funciones de los Gobiernos Regionales.* Santiago.

BCN. (21 de octubre de 2013). *Elección popular de consejeros regionales.* Recuperado el 30 de octubre de 2013, de Biblioteca del Congreso Nacional: http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/eleccion-popular-de-consejeros-regionales

Berdegué, J., Jara, B., Fuentealba, R., Tohá, J., Modrego, F., & Schejtman, A. (2011). *Territorios Funcionales en Chile.* Santiago: Documento de Trabajo N° 102. Programa Dinámicas Territoriales Rurales. Rimisp. Obtenido de Documento de Trabajo N° 102. Programa Dinámicas Territoriales Rurales. Rimisp: http://www.rimisp.org/wp-content/files_mf/1366288203N1022011_TerritoriosFuncionalesChile_BerdegueJaraFuentealbaTohaetal.pdf

Betancor, A. (13 de agosto de 2013). *Desigualdad territorial: lo que esconden los promedios.* Recuperado el 31 de octubre de 2013, de El quinto poder: http://www.elquintopoder.cl/desarrollo-regional/desigualdad-territorial-lo-que-esconden-los-promedios/

Cox, M. (2008). Desarrollo Territorial en Chile. Instrumentos del Estado. *Documentos de Trabajo N° 3. Programa de Dinámicas Territoriales Rurales. Rimisp.* Santiago.

Delamaza, G. (28 de agosto de 2013). *Descentralización y oportunidades democráticas: Lo que dicen las regiones.* Recuperado el 11 de octubre de 2013, de El quinto poder: http://www.elquintopoder.cl/desarrollo-regional/descentralizacion-y-oportunidades-democraticas-lo-que-dicen-las-regiones/

Espinoza, J., & Marcel, M. (1993). *Descentralización fiscal, el caso de Chile.* Santiago: Serie Política Fiscal. CEPAL. Obtenido de http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/7788/LCL823_resumen.pdf

Fábrega, R. (2013). Salud y Desigualdad Territorial. *Documento de Trabajo N° 13, Serie Estudios Territoriales.* Programa Cohesión Territorial para el Desarrollo. Rimisp.

Finot, I. (mayo de 2001). Descentralización en América Latina: teoría y práctica . *CEPAL, Serie Gestión Pública N° 12*. Santiago.

Frigolett, H. (2013). Economías regionales en Chile: desigualdad y heterogeneidad. *Documento de Trabajo N°12. Serie Estudios Territoriales. Programa Cohesión Territorial para el Desarrollo. Rimisp.* Santiago.

INDH. (2012a). *Estudio de descentralización, desarrollo territorial y condiciones para el ejercicio de los derechos humanos. Informe de trabajo.* Santiago.

INDH. (2012b). Informe Anual 2012 Situación de los Derechos Humanos en Chile.

INDH. (2013). *Estudio sobre descentralización, desarrollo territorial y derechos humanos. Informe de trabajo.* Santiago.

Irarrázabal, I., & Pérez, E. (2009). *Institucionalidad subnacional y problema de coordinación de competencias.* Consorcio para la reforma del Estado.

Marcel, M. (2013). En Chile no da lo mismo donde se nace... debería? *Seminario Nueva Agenda Regional,* RIMISP. Santiago.

Meller, P. (14 de mayo de 2013). *Rol del cobre en el futuro de Chile.* Obtenido de Diario Financiero: http://m.df.cl/rol-del-cobre-en-el-futuro-de-chile/prontus_df/2013-05-13/181651.html

Ministerio de Defensa y Ejército de Chile. (1994). Identificación de Requerimientos de Accesibilidad para Localidades de la Zona Austral de Chile. Obtenido de http://www.dirplan.cl/centrodedocumentacion/Documents/Estudios/Desarrollados/2002/Identificacion_Requerimientos_Accesibilidad_Localidades_Zona_Austral_Chile/anexos_21_22.pdf

Mirosevic, V. (30 de marzo de 2013). *Chile, el más centralizado de América Latina y la OCDE.* Obtenido de http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20130330091512/chile-el-mas-centralizado-de-america-latina-y-la-ocde/

Modrego, F., Ramírez, E., Yáñez, R., Acuña, D., Ramírez, M., & Jara, E. (2012). Fronteras de la transformación agroindustrial en el secano interior de la región de O'Higgins en Chile. En J. A. (editores), De Yucatán a Chiloé. *Dinámicas territoriales en América Latina.* Buenos Aires: Teseo; RIMISP.

Montecinos, E. (2008). Los incentivos de la descentralización a la gestión municipal chilena. Gestión política sin planificación democrática. *Revista Chilena de Administración Pública* (12).

Montecinos, E. (2013). *De la descentralización administrativa a la descentralización política. Propuestas de reformas y políticas públicas para un Chile descentralizado, democrático y participativo.* Santiago: Documento de Trabajo N°10. Serie Estudios Territoriales. Programa Cohesión Territorial para el Desarrollo. Rimisp.

MOP. (2004). *Estudio análisis de accesibilidad territorial–Fronteras interiores. Definición de un Plan de Accesibilidad a las zonas aisladas del territorio nacional en el período 2004-2010.* Obtenido de http://www.dirplan.cl/centrodedocumentacion/Documents/Estudios/Desarrollados/2004/ANAL_Accesibilidad_Territorial_Fronteras_Interiores/CAPITULO_III.pdf

ONU-Hábitat. (2009). *Directrices internacionales sobre descentralización y acceso a los servicios básicos para todos.* Nairobi.

PNUD. (2010). Proyecto de documento del Programa para Chile (2011-2014) . Nueva York.

Retamal, K. (2012). Regionalización. Desafíos pendientes. *Cuadernillos HEMICICLO*(5), 35-39.

Rufián, D. (2009). *Políticas e instituciones para el desarrollo económico territorial. El caso de Chile.* Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social ILPES.

Senado de la República. (2012). *Retrato de la desigualdad en Chile.* Valparaíso.

SUBDERE. (1999). *Diagnóstico y propuestas para la integración de territorios aislados.* Obtenido de http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/documentos/articles-66382_recurso_1.pdf

Thayer, L. E. (2011). Descentralización y desarrollo territorial en Chile. Una mirada desde la sociedad. *Polis*, 10(30).

Vial, C. (25 de mayo de 2013). *Planificación regional, fortalecimiento de gobiernos subnacionales y participación ciudadana.* Obtenido de RIMISP: https://sites.google.com/a/rimisp.org/seminario/documentos-seminario/presentaciones

Von Baer, H. (2009). *Pensando Chile desde sus regiones: no tengamos miedo a descentralizar, tengamos miedo a seguir centralizando.* Universidad de La Frontera.



DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

Fotografía: Enrique Cerda





DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

ANTECEDENTES

Desde hace varios años Chile transita los desafíos propios de la profundización de su democracia, con una ciudadanía más activa y que aspira a mayores niveles de participación e incidencia en los asuntos públicos que le afectan cotidianamente. Estas aspiraciones van más allá de la forma tradicional de participación en una democracia representativa, a través del voto, sino que suponen una apertura de las instituciones y autoridades hacia otros mecanismos de involucramiento, que cedan realmente a una porción de poder en la toma de decisiones. El INDH ha observado el desarrollo de los movimientos sociales en distintos puntos del territorio y, sin perjuicio de valorar la Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública y el cambio que permite la elección popular de Consejeros/as Regionales (CORES), ha hecho recomendaciones en dirección a que el Estado se dote de mejores herramientas jurídicas e institucionales que le permitan abrir paso a diálogos y procesos constructivos, que canalicen esos esfuerzos institucionalmente. A nivel local, ejercicios interesantes fueron los desarrollados este año por las municipalidades de Santiago y Providencia, que a través de Cabildos y Consultas Ciudadanas convocaron a procesos participativos para la elaboración de sus Planes de Desarrollo Comunal.

En 2013 el INDH desarrolló la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos. La encuesta indagó, entre otras cosas, en el respeto del derecho a la participación en Chile y las percepciones de vulneración al respecto. Frente a la pregunta ¿en qué medida en nuestro país se respeta el derecho a participar en las decisiones del gobierno?, la opción "nada" concentra el 37, 4% de las menciones. Sin embargo se advierte un avance en comparación con la medición de 2011, pues frente a una pregunta similar el 62,3% de la población percibía que no tenía derecho a participar de las decisiones gubernamentales. Por su parte, 11% de las personas encuestadas en 2013 señaló que en el último año su derecho a participar en las decisiones del gobierno le ha sido vulnerado (INDH, en prensa).

Este año se intensificó el debate público sobre el derecho al sufragio de las personas privadas de libertad y de aquellas que residen en el exterior, en el marco de los cambios al sistema electoral que implica la introducción de la inscripción automática y el voto voluntario. Estas modificaciones fueron aplicadas por primera vez en las elecciones municipales de 2012, en las que participaron 5.790.617[1] personas, y su impacto y las medidas administrativas necesarias para su correcta ejecución fueron un tema de preocupación pública, sobre todo en anticipación de las elecciones presidenciales, de senadores, diputados y consejeros regionales de este año.

En el contexto de un año electoral, junto con analizar el derecho a la participación desde los estándares internacionales, interesa revisar las brechas en el ejercicio de una de sus dimensiones: el derecho a votar y ser elegido/a. Además, a modo de profundización, se revisará la situación del sufragio de las personas privadas de libertad, las personas con discapacidad y de quienes residen en el extranjero; así como los desafíos en materia de participación política de mujeres y de los pueblos indígenas.

1 Cantidad de votos totales en la elección de alcaldes.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y NORMATIVA NACIONAL

En el derecho internacional de los derechos humanos, la primera mención a la participación se encuentra en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que se establece la garantía de ser parte del gobierno de forma directa o por representantes libremente escogidos. Posteriormente, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todas las personas gozarán, sin discriminación, de una tríada de derechos: "a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; [y] c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país"[2]. Un texto similar se encuentra también en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Respecto de las limitaciones de este derecho, la Convención Americana añade que "[l]a ley puede reglamentar [su] ejercicio […] exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal"[3].

A esta descripción general se suman otros tratados internacionales, los que han dado mayor contenido al derecho a la participación y establecido obligaciones específicas para los Estados. Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) señala que "[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales; c) Participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país"[4].

En tanto, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares indica que esta población tendrá "derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación"[5], consignando que "[l]os Estados de que se trate facilitarán, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos"[6].

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla en su art. 29 la participación en la vida política y pública, estableciendo que "[l]os Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás". Particularmente sobre el derecho a voto y a ser elegido/a, la Convención insta a los Estados a proveer "i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar"[7]. Mientras, para el ejercicio de la incidencia en los asuntos públicos, la Convención considera necesario que los

2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25. Un texto similar se encuentra también en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23 Nº 2.

4 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 7.

5 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 41 Nº 1.

6 Ibídem, art. 41. Nº 2.

7 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 29 letra a).

Estados promuevan "i) [la] participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos; [y] ii) [l]a constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones"[8].

En el caso de los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo conecta la participación con el derecho a la autodeterminación al estipular que "[l]os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente"[9].

De forma más reciente, el derecho a la participación también ha sido aplicado en materias como la protección del medio ambiente. Particularmente el Convenio de Aarhus[10], recogiendo lo establecido en el Principio 10 de la Declaración de Rio[11], plantea que "una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida; [y que] para estar en condiciones de hacer valer este derecho y de cumplir con ese deber, los ciudadanos deben tener acceso a la información, estar facultados para participar en la toma de decisiones y tener acceso a la justicia en materia medioambiental"[12].

Como se señaló en el Informe Anual 2012, en el ámbito nacional la protección del derecho a la participación está contenida en la Constitución Política de la República, particularmente en los artículos sobre el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1 inciso 4º), el derecho a voto (art. 13), la igualdad ante la ley (art.19 Nº2), la libertad de opinión (art.19 Nº12) y la libertad de reunión (art.19 Nº13), el derecho de petición (art.19 Nº14), el derecho de asociación (art.19 Nº15) y el acceso a cargos públicos (art.19 Nº17). En el plano legal, las leyes orgánicas constitucionales de municipalidades (Ley Nº 18.695, arts. 93 y siguientes) y de gobierno y administración regional (Ley Nº 19.175, arts. 48 y siguientes) regulan ciertas formas de participación ciudadana en el ámbito de la administración comunal y regional.

A esto se suma la promulgación en 2011 de la Ley Nº 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, que aborda principalmente el derecho a participar e incidir en los asuntos públicos, y la actualización de la Ley Nº 18.556 orgánica constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral[13], centrada en regular el ejercicio del sufragio y el acceso a cargos públicos. A partir de esta modificación, actualmente el padrón electoral se compone de personas chilenas y extranjeras que tengan cumplidos 18 años de edad el día de la votación, así como por las nacionalizadas por gracia y los hijos/as de chilenos/as que lleven un año viviendo en Chile. En el caso de las personas extranjeras se agrega el requisito de residencia por más de cinco años en el territorio nacional.

8 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 29 letra b).

9 Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, art. 7.1.

10 Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, adoptado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998. Si bien es un instrumento eminentemente paneuropeo, se encuentra abierto a cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas.

11 Este principio señala: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

12 Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Preámbulo.

13 Modificada por la Ley Nº 20.568 que regula la inscripción automática, modifica el Servicio Electoral y moderniza el sistema de votaciones, publicada el 31 de enero de 2012; y por la Ley Nº 20.669 que perfecciona las disposiciones introducidas por la Ley Nº 20.569, publicada el 27 de abril de 2013.

Además, desde fines de 2012 a la fecha han ingresado al Congreso varias mociones para adecuar el marco legal nacional en materia de participación, uno de ellos busca rebajar la edad que habilita para votar[14]. El resto de los proyectos tienen como propósito, por un lado, proteger el derecho a sufragio y, por otro, mejorar la representación de segmentos de la sociedad de especial preocupación, los que serán abordados en los acápites que siguen a continuación.

LIMITANTES AL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DERIVADAS DEL SISTEMA ELECTORAL BINOMINAL

El derecho a la participación política se ve afectado por el sistema electoral binominal vigente en el país. Mediante este sistema, establecido en la Ley Nº 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios de 1988, cada circunscripción electoral elige a dos representantes en el Senado y cada distrito electoral elige a dos integrantes de la Cámara de Diputados. En este marco, para que dos candidatos/as de una misma lista sean elegidos/as se requiere que dupliquen en votación a la lista que le sigue en número de preferencias lo que deriva en una sobrerrepresentación de pactos con votación minoritaria, al tiempo que eleva las barreras de entrada al Congreso Nacional para las candidaturas independientes o fuera de pacto[15].

A pesar de las propuestas presentadas hace dos décadas para modificar en particular el sistema electoral binominal, esta legislación sigue vigente. Ello es consecuencia de los elevados quórums establecidos para la reforma de las leyes orgánicas constitucionales, las que requieren de 4/7 en cada cámara del Congreso Nacional. Aunque hay quienes argumentan que el sistema electoral binominal ha garantizado estabilidad política en el Parlamento, en la práctica existe un empate virtual entre las dos grandes coaliciones de partidos existentes. En el segundo semestre del 2013 se han presentado diversos proyectos, tanto de iniciativa parlamentaria como presidencial, para la reforma del sistema electoral binominal. Aunque ellos no han sido aprobados a la fecha, el INDH valora la idea de abrir una discusión sobre esta reforma y espera que las modificaciones a introducirse garanticen el ejercicio del derecho a la participación en condiciones de igualdad.

Esta es una materia que ha sido observada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que en su informe sobre Chile el 2007 señaló en relación al sistema electoral vigente en el país que: "[a]ún cuando nota que se retiró de la Constitución la referencia al sistema binominal, el Comité observa con preocupación que, como lo indicó el Estado parte, el sistema de elección que impera en Chile puede impedir que todos los individuos tengan una representación parlamentaria efectiva (artículos 3 y 25 del Pacto). El Estado parte debería acrecentar sus esfuerzos para superar los obstáculos políticos que impiden la reforma de la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, a fin de garantizar en igualdad el derecho al sufragio universal, establecido en el artículo 25 del Pacto"[16].

DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Los derechos de las personas privadas de libertad han sido un asunto de preocupación constante del INDH, siendo examinados en los Informes Anuales de 2011 y 2012. Este último informe abordó, entre otros aspectos, las restricciones al derecho al sufragio de las personas privadas de libertad derivadas del art. 16 de la Constitución Política de la República, el que establece que el derecho al sufragio se suspende, entre otros motivos, por hallarse una persona

14 Boletín 8762-07 del 26 de diciembre de 2012, que habilita a sufragar en las elecciones municipales a los mayores de 16 y menores de 18 años de edad, y otorga el mismo derecho en las restantes elecciones, bajo el supuesto que indica. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

15 Además, las posibilidades de ser elegido/a se ven afectadas por la Ley Nº 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, la que establece que para la conformación de partidos políticos se requiere del 0,5% del electorado que hubiese sufragado en la última elección de Diputados. Al mismo tiempo, señala que para la presentación de candidaturas independientes se requiere ir en pacto electoral con un partido político o contar con el patrocinio de 0,5% de los votantes. En ambos casos se trata de porcentajes que han complejizado la elección de personas que no participen de los dos pactos electorales mayoritarios, incidiendo en el hecho de que su presencia en el Congreso Nacional sea reducida.

16 Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales: Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007, párr. 15.

acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista. Al respecto, el INDH señaló que esta norma vulnera el principio de inocencia al establecer una pena que no constituye el resultado de un proceso jurisdiccional que, cumpliendo las debidas garantías procesales, concluye la existencia de una responsabilidad penal de una persona. Por esta razón, recomendó al Estado reformar la Constitución con el objetivo de eliminar toda regulación que suspende el derecho a voto a personas acusadas de delitos (INDH, 2012).

De acuerdo con la Constitución Política de la República y la legislación vigente, las personas acusadas de un delito –estén o no en prisión preventiva– o condenadas a una pena privativa de libertad menor a tres años y un día están habilitadas para ejercer su derecho a sufragio (INDH, 2012). Sin embargo, en la práctica ello no estaría ocurriendo debido a una interpretación restrictiva de la normativa electoral por parte del SERVEL, posición manifestada en una audiencia que buscaba establecer una coordinación entre los distintos organismos involucrados en el resguardo del derecho a voto de las personas privadas de libertad[17]. En dicha instancia la representante de SERVEL señaló que "la normativa interna impide que voten los presos pues estaría prohibido establecer mesas especiales, situación [que] se repite con los compatriotas que están en el extranjero, en hospitales, entre otros, y no hay forma de trasladarlos a cargo del Estado"[18]. Asimismo manifestó que "todas las legislaciones propenden a que voten las personas privadas de libertad y que justamente deberá legislarse para lograr esto. Afirma que ya se está desarrollando una mesa de trabajo sobre el tema con el Ministerio de Justicia [y] que como SERVEL están llanos a trabajar en permitir el voto, pero la ley se los impide"[19]. Por último, ante la consulta del Tribunal sobre invocar el artículo 50 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral para superar esta situación, la representante señaló que "es para los casos que dice la norma estrictamente"[20].

Los datos proporcionados por Gendarmería de Chile al INDH[21] muestran que al mes de mayo de 2013 existían 13.638 personas bajo las hipótesis anteriores, es decir, en condiciones de votar: 8.503 en prisión preventiva imputadas por delitos que no merecen pena aflictiva y 5.135 privadas de libertad condenadas por delitos que no constituyen pena aflictiva.

Lo anterior deriva, en la práctica, en la vulneración del derecho a voto de todas las personas recluidas de manera general, automática e indiscriminada, demostrando que la condena a pena privativa de libertad se está entendiendo equivocadamente como una restricción de otros derechos fundamentales, como el derecho a voto, lo que es contrario a lo señalado por los estándares internacionales sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad (INDH, 2012).

En este contexto, la resolución del 7º Juzgado de Garantía de Santiago reavivó el debate sobre las medidas administrativas que impiden hacer efectivo el derecho al sufragio de las personas privadas de libertad, específicamente al establecer la existencia de "un estado de cosas inconstitucional que afecta a un sector claramente definido de nuestros ciudadanos y ciudadanas, al no poder ejercer, por imposición del propio [E]stado, sus derechos políticos"[22]. Al respecto, dicha instancia jurisdiccional resolvió solicitar "al Servicio Electoral a que arbitre los medios necesarios para que las y los ciudadanos sujetos a prisión preventiva, no acusados de este [juzgado], puedan ejercer plenamente sus derechos políticos garantizados por nuestro ordenamiento, especialmente el voto en las próximas elecciones presidenciales"[23]. Para monitorear los avances de esta disposición se fijó una nueva audiencia para el día 12 de septiembre, la que no se concretó debido a una queja[24] presentada ante la Corte Suprema por parte del Consejo de Defensa del Estado (CDE), en representación de SERVEL, que solicita dejar sin efecto la medida adoptada por el Juzgado de Garantía y la adopción de sanciones administrativas, directivas y correccionales contra el magistrado a cargo. El 7 de octubre de

17 7º Juzgado de Garantía de Santiago. Resolución de Audiencia de 22 de agosto de 2013. RUC Nº 1310024568-4 RIT Nº5-2013.

18 Ibídem.

19 Ibídem.

20 Ibídem.

21 Oficio Nº 1457/13 de Gendarmería de Chile, de 1 de octubre de 2013.

22 7º Juzgado de Garantía de Santiago. RUC Nº 1310024568-4 RIT Nº 5-2013, *op. cit.*

23 Ibídem.

24 Rol AD-1170-2013, de 4 de septiembre de 2013.

2013 la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que el Juez carecía de las facultades legales para dictaminar como lo hizo, y ordenó dejar sin efecto lo obrado[25].

Por último, es importante mencionar la existencia de una moción parlamentaria que precisa la limitación establecida en la Constitución y admite el sufragio de quienes no tienen una condena a pena aflictiva[26]. Sin embargo, dicho proyecto actualmente no tiene urgencia para su discusión.

DISCAPACIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO A VOTO

De acuerdo con la legislación del país, y recogiendo los principios del derecho internacional, el Estado debe asegurar a las personas con discapacidad la igualdad de oportunidades y el disfrute de sus derechos sin discriminación[27], para lo cual se deben adoptar medidas tendientes a superar o compensar los obstáculos que esta población enfrenta, de modo de propender a su plena inclusión social[28]. En este marco, las condiciones que se le brindan para ejercer su derecho a voto –como parte de la participación política– constituye un ámbito de preocupación para el INDH.

Las pasadas elecciones municipales, además de poner a prueba el voto voluntario, contaron por primera vez con la implementación de una plantilla Braille[29]. Con ello se buscaba dar mayor autonomía a las personas con discapacidad visual, las que hasta ese momento podían hacer uso del sufragio asistido establecido desde 2007 a partir de la Ley Nº 20.183.

Según lo informado por el SERVEL al INDH, en las elecciones municipales pasadas, 97.298 personas hicieron uso del derecho a voto asistido y en 9.479 casos se utilizaron las plantillas especiales (2.245 con método Braille y 7.234 con sistema de ranuras[30]). Para las elecciones de 2013 el SERVEL ha elaborado una cartilla destinada a informar al/a Delegado/a del local de votación y a los/as Vocales de Mesa sobre la atención inclusiva de electores/as, así como explicar los protocolos a seguir para implementar el voto asistido y el autónomo[31].

Si bien la implementación del voto con método Braille fue un hecho destacado por el INDH en el Informe Anual 2012 como una medida que favorecería la participación e inclusión social de la población con discapacidad, las características de la plantilla supone dos desafíos para quienes la utilizan: primero, contar con toda la información necesaria –incluido el pacto y número de lista– de los/as postulantes; y segundo, memorizar el código de la candidatura seleccionada para hacer la búsqueda en la plantilla, pues los nombres y apellidos de los/as candidatos/as no forman parte de ella.

En relación con esta materia, en el mes de agosto de 2013 la organización Líderes con Mil Capacidades lanzó la campaña "Voto con foto", en la que propone la modificación de la actual cédula electoral por una que incorpore la fotografía de los/as postulantes, favoreciendo así la participación de las personas analfabetas, con baja visión o que presentan otras dificultades, lo que está en sintonía con dos proyectos de ley presentados en los últimos doce meses sobre esta materia[32]. Al respecto, la organización ha informado al INDH[33] de las gestiones realizadas ante SERVEL –por intermedio de la Comisión de Superación de la Pobreza, Planificación y Desarrollo Social de la Cámara de Diputados– y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia para promover la modificación de la cédula electoral. En ambos se les ha indicado que, atendiendo al tiempo que tomaría la preparación

25 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol Nº 1559-2013, de 7 de octubre de 2013.

26 Boletín 8101-07 del 20 de diciembre de 2011, que precisa el concepto de acusación en el artículo 16 Nº 2 de la Constitución Política de la República y permite el sufragio del ciudadano privado de libertad que no ha sido condenado a pena aflictiva.

27 Ley Nº 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, art. 1.

28 Ibídem, art. 7.

29 Esta plantilla consiste en un acrílico que se superpone a la cédula de votación, que contiene el código del candidato/a (letra del pacto y número) en sistema Braille y ranuras para guiar la marca de la preferencia.

30 Esta plantilla solo contiene las ranuras para guiar la marca de la preferencia.

31 Oficio Nº 5866 del Servicio Electoral, de 25 de septiembre de 2013.

32 Boletín 8707-06 del 27 de noviembre de 2012, que modifica Ley Nº 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios, para incorporar en la cédula de votación la fotografía del candidato; y Boletín 8847-06 del 20 de marzo de 2013, que incorpora en la Ley sobre Votaciones Populares y Escrutinios la fotografía de los candidatos como elemento de la cédula de votación. A la fecha de redacción de este Informe, ambos proyectos se encontraban en primer trámite constitucional en el Congreso Nacional.

33 Mediante correo electrónico de 29 de octubre de 2013.

de dicho cambio y los altos costos que supondría, la medida será estudiada para futuras elecciones[34].

Por otra parte, la información otorgada al INDH por la Unión Nacional de Instituciones de Ciegos de Chile (UNCICH)[35] corroboró la disponibilidad de votos en sistema Braille durante las elecciones municipales de 2012 a lo largo del territorio nacional y las dificultades asociadas al actual tamaño y formato de esta cédula electoral, y relevó la necesidad de contar con información oficial veraz, oportuna y en formato accesible sobre las candidaturas como requisito para una votación autónoma. Al respecto, en el mes de octubre de 2013 UNCICH desarrolló –a solicitud del INDH– un ejercicio de navegación por la página *web* del SERVEL para consultar las orientaciones recientemente publicadas sobre el voto de personas con discapacidad, el que evidenció que el sitio no cuenta con medidas básicas de accesibilidad[36], como aumentar el tamaño de letra, ver la información con mayor contraste, utilizar atajos de teclado o proporcionar textos alternativos a las imágenes. Tampoco fue posible la aplicación del programa lector JAWS, que transforma los textos en sonido y permite a las personas ciegas acceder al contenido de medios digitales.

Además de contar con papeletas accesibles, la inclusión de personas con discapacidad en los procesos electorales implica también que los locales de votación cuenten con infraestructura y los apoyos necesarios para facilitar el desplazamiento de quienes presentan movilidad reducida, razón por la que la selección de los recintos es un aspecto clave.

Sobre esta materia, el SERVEL señaló que –en virtud de un Convenio de Colaboración con el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS)– ha instruido a las Direcciones Regionales centrar la búsqueda de establecimientos en aquellos que faciliten el ejercicio del derecho a sufragio de todo el electorado y ha hecho hincapié en que estos cuenten, idealmente, con dos pisos como máximo. Asimismo, la entidad ha comunicado que se efectuarán las coordinaciones necesarias con los organismos que participan de la logística del proceso eleccionario para la atención de las personas que presenten movilidad reducida[37].

Finalmente, es importante destacar que en el último año se han presentado dos iniciativas legales[38] que buscan reducir las barreras que actualmente experimentan las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a sufragio, de modo que tengan un acceso expedito a los locales y mesas de votación.

MUJERES: EL DERECHO A SER ELEGIDAS

La participación política de las mujeres, en particular el ejercicio del derecho a ser elegidas, ha sido un tema relevante para el INDH. En particular, el Informe Anual 2012 señaló que "difícilmente se avanzará en aumentar la representación política de las mujeres sin la adopción de medidas afirmativas que permitan concretar una igualdad de oportunidades" (INDH, 2012, pág. 134). En relación con esto, la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos muestra que un 70,9%[39] de la población considera que "se debe asegurar una determinada cantidad de mujeres en cargos públicos como senadoras, ministras y juezas" (INDH, en prensa).

En el marco de la elección presidencial, parlamentaria y de consejeros/as regionales a realizarse el domingo 17 de noviembre de 2013, interesa corroborar si la situación de baja participación política de las mujeres develada el año pasado mantiene la misma tendencia.

34 Oficio Nº 112 de la Comisión de Superación de la Pobreza, Planificación y Desarrollo Social de la Cámara de Diputados, de 14 de agosto de 2013; y Oficio Nº 1277 del Subsecretario General de la Presidencia, de 13 de septiembre de 2013.

35 Entrevista con el Sr. Sergio Cabello, integrante del Directorio de UNCICH.

36 Al respecto, la organización World Wide Web Consortium (W3C), mediante su Iniciativa de Accesibilidad en la *web* (WAI), ha desarrollado pautas de accesibilidad para el contenido de sitios *web* (WCAG 2.0), las que son ampliamente aceptadas y desde el 15 de octubre de 2012 se constituyeron en la norma internacional ISO/IEC 40500:2012.

37 Oficio Nº 5866 del Servicio Electoral, de 25 de septiembre de 2013.

38 Boletín 8664-06 del 30 de octubre de 2012, que Modifica Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios con el fin de facilitar el acceso de los discapacitados a locales de votaciones; y Boletín 9054-06 del 7 de agosto de 2013, que Modifica la Ley Nº 18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinio, estableciendo medidas en ejercicio del derecho a sufragio de personas con discapacidad. A la fecha de redacción de este Informe, ambos proyectos se encontraban en primer trámite constitucional en el Congreso.

39 Suma de las alternativas "totalmente de acuerdo" (30,5%), "muy de acuerdo" (17,1%) y "de acuerdo" (23,2%).

Al respecto, el análisis desarrollado por el Centro de Estudios Sociales y de Opinión de la Universidad Central de Chile es elocuente: 100 mujeres serán candidatas al Parlamento, 12 de ellas al Senado y 88 a la Cámara de Diputados, cifra que representa el 18,8% del total de candidaturas. Al analizar estos datos por partido político, la mayor presencia de postulaciones femeninas al Senado corresponden al Partido Humanista, la Democracia Cristiana y la Unión Demócrata Independiente; mientras, en la Cámara de Diputados ello ocurre en Renovación Nacional, el Partido Humanista y el Partido Progresista (CESOP, 2013).

Por su parte, desde organizaciones de la sociedad civil surge un interesante análisis por coaliciones, que devela que el Pacto "Nueva Constitución"[40] es el que presenta mayor cantidad de candidatas a parlamentarias, con 26% (13 de 50), seguido por la Alianza con 20% (28 de 140), el Pacto "Si tú quieres Chile cambia"[41] con 15,2% (11 de 72) y la Nueva Mayoría con 13,1% (18 de 137) de su plantilla electoral (Carrera, 2013).

En el caso de la elección de consejeros/as regionales (CORE), la participación de las mujeres constituye el 19,3% (250) del total de 1020 candidaturas aceptadas (Montecinos, 2013).

Sobre este panorama, ComunidadMujer ha señalado que "[e]llo refleja la gran paradoja en la que nos encontramos. Por un lado, las mujeres en carrera a La Moneda están entregando un potente mensaje a la ciudadanía, que 'La mujer sí puede' representar a la sociedad en su conjunto y que los espacios de poder no son exclusivos para los hombres. Pero, por otro, las élites partidistas se encargan de recordarnos que esto es excepcional por lo competitivas que resultaron ser estas candidatas. Pero, el uso y costumbre es otro: repartirse la torta del binominal mayoritariamente entre autoridades que se reeligen (incumbentes) y candidatos seguros; los que en un 82% son hombres, como ha sido en los últimos 20 años" (ComunidadMujer, 2013).

Ante la consulta del INDH sobre medidas para el cumplimiento del Plan de Igualdad de Oportunidades, en particular para desarrollar mecanismos de acción afirmativa que incrementen la participación actual de las mujeres en cargos de elección popular, SERNAM informó el envío de un proyecto de ley[42] que "propone un incentivo económico especial a los partidos políticos para incorporar mujeres en sus listas de candidatos y a las candidatas que participan en cargos de elección popular. Este proyecto es un paso fundamental para cambiar la baja participación actual de las mujeres, incentivando a las candidatas y a los partidos para que lleven mujeres en sus listas y potencien estrategias para que salgan elegidas"[43]. Dicha iniciativa legal propone dos suplementos al financiamiento actual regido por la Ley Nº 19.884: el primero corresponde al reembolso de 0,135 UF por cada voto obtenido por una candidata, siempre que los partidos políticos superen un porcentaje mínimo adicional de mujeres en sus listas[44], el que se paga 30% a los partidos y 70% a las candidatas; y el segundo, la entrega de 0,09 UF adicionales por voto de mujer elegida a los partidos que hayan cumplido con las condiciones anteriores.

Por último, es necesario destacar el desarrollo de la campaña "Más Mujeres al Poder" por parte de una coalición de organizaciones de la sociedad civil compuesta por Corporación Humanas, Centro de Estudios de la Mujer (CEM), Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer (CEDEM), Corporación La Morada, Fundación Dialoga, Movimiento Pro Emancipación de la Mujer Chilena (MEMCH) y el Observatorio de Género y Equidad. Esta iniciativa tiene como propósito reinstalar en la agenda pública y ciudadana la urgencia de la profundización democrática, la que no es posible sin la representación equilibrada entre hombres y mujeres[45].

40 Constituido por el Partido Igualdad y el Partido Ecologista.

41 Conformado por el Partido Progresista (PRO), el Partido Liberal (PL) y el Movimiento Socialista Allendista (MSA).

42 Boletín 8876-06 del 9 de abril de 2013, que establece incentivo para fomentar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en candidaturas a cargos de elección popular. A la fecha de redacción de este Informe el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

43 Oficio Nº 473 del Servicio Nacional de la Mujer, de 11 de septiembre de 2013.

44 Cada partido debe presentar en sus listas una cantidad de candidatas que cumplan conjuntamente con las siguientes condiciones: i) superar el 20% del porcentaje de candidatas inscritas en total por todos los partidos en la anterior respectiva elección; y ii) superar el porcentaje de candidatas inscritas por ese mismo partido en la elección anterior, si el partido hubiese presentado candidatos a dicha elección.

45 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 36, Nº 8.

PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas también han enfrentado obstáculos en su ejercicio del derecho a la participación política. Esto, pues actualmente no cuentan con representación en el Congreso Nacional, y si bien su participación en los gobiernos comunales se ha incrementado en los últimos años, aún sigue siendo baja respecto de su población, sobre todo en regiones de alta demografía indígena (INDH, 2013).

Por otro lado, el INDH ha observado que las exigencias establecidas en la Ley Nº 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos –entre ellas inscribirse en a lo menos tres regiones contiguas y reunir cerca de 5 mil firmas de adherentes legalizadas ante Notario–, si bien son aplicables a toda la población, hacen muy difícil a los pueblos indígenas conformar un partido político que les permita participar de forma autónoma en los procesos electorales (INDH, 2013).

Lo anterior se ilustra en el partido mapuche en formación, *Wallmapuwen*, el que desde hace años viene realizando intentos para su legalización, sin poder aún lograr el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. A esto cabe agregar que, por decisión del Servicio Electoral, debieron eliminar de sus estatutos vocablos propios como *Wallmapu* (denominación del territorio ancestral mapuche) y conceptos alusivos a derechos indígenas tales como "pueblo" (como criterio de autoidentificación colectiva) y "autonomía" (en relación con el derecho a la autodeterminación), los que a juicio de esta entidad resultan inconstitucionales.

En agosto de 2013 el partido inscribió sus candidaturas de consejeros regionales ante el SERVEL, las que fueron omitidas por el Director Regional de La Araucanía de dicho Servicio. Frente a ello, los candidatos presentaron un recurso de reclamación ante el Tribunal Electoral Regional[46] por esta situación, solicitando que se aceptara la inscripción de las candidaturas. El recurso fue rechazado por dicha entidad, argumentando: *"que no cumpliendo la entidad 'Wallmapuwen' con los requisitos establecidos en la ley Nº 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, para ser considerado partido político, conforme lo expuesto por el señor Director Regional del Servicio Electoral, y lo prescrito en el artículo 85 de la ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, la reclamación no puede prosperar"*. Frente a esta resolución que rechazó la posibilidad de inscribir sus candidaturas, el 4 de octubre Wallamapuwen presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco[47], mediante el cual solicitan que el Tribunal Electoral de la región de la Araucanía *"indique si se acepta o rechaza [la] candidatura declarada, señalando la correspondiente causal en caso de ser necesario"*. Este recurso de protección aún se encuentra en estado de tramitación al momento de redacción del presente informe.

Sobre estos temas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su reciente informe sobre Chile señaló que "[n]ota con preocupación la baja participación en la vida pública y lamenta la ausencia de mecanismos institucionales de representación legitimados por los pueblos indígenas (arts. 2 y 5 d) i) y e)"[48].

DERECHO A VOTAR DESDE EL EXTRANJERO

En la actualidad, aproximadamente 850.000 chilenos/as que viven en el extranjero no pueden ejercer su derecho al voto. Al respecto, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su Informe al Estado de Chile, recomendó "retomar las iniciativas ya emprendidas con miras a permitir que los emigrantes chilenos que trabajan en el extranjero puedan ejercer su derecho de voto en las elecciones organizadas en el Estado parte"[49].

Sobre esta materia, ya en 2011 el INDH recordó la posición de los Ministros Muñoz, Pierry, Brito y Herreros de la Corte Suprema respecto de que la "Carta Fundamental reconoce el derecho de sufragio sin establecer exigencias –salvo– los requisitos genéricos relativos a la nacionalidad, edad y no haber sido condenado a pena aflictiva [...] La

46 Rol Nº 1.255-2013

47 Rol Nº 13.878-2013.

48 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile. CERD/C/CHL/CO/19-21, 30 de agosto de 2013, párr. 16.

49 Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales: Chile, 2011, CMW/C/CHL/CO/1, párr. 49.

residencia de un chileno en el extranjero no puede ser factor de discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados por el legislador respecto de un chileno que habita en Chile, como tampoco podrá serlo la exigencia de un vínculo con el país o la condición de permanencia durante un determinado tiempo anterior a los comicios. Implica una contravención al artículo 5º de la Constitución Política de la República, el limitar el derecho a sufragio, estableciendo condiciones para su ejercicio que vulneran el principio de igualdad ante la ley"[50].

En agosto de este año el Congreso Nacional retomó la discusión de dos proyectos de ley[51] sobre la materia que no presentaban avances en el debate legislativo desde 2011. A esto se suma la presentación de dos mociones parlamentarias que buscan permitir y regular el ejercicio del voto fuera de las fronteras del país[52].

En los últimos meses, Chilenos Sin Voto –agrupación de compatriotas que residen en el exterior– ha desarrollado la campaña "Haz tu Voto Volar", la que busca emplazar a la dirigencia política a cumplir lo establecido en la Constitución Política de la República y materializar las modificaciones legales que posibiliten el ejercicio del derecho a voto desde el extranjero. En este marco, y bajo la consigna "Todos somos chilenos", entre el 10 y el 17 de noviembre se desarrollará una votación presidencial electrónica de carácter simbólico, actividad organizada por la Corporación Voto Ciudadano y El Quinto Poder, proyecto de la Fundación Democracia y Desarrollo (FDD).

La preocupación sobre la restricción del derecho a voto que afecta a los/as connacionales residentes en el extranjero motivó al INDH a incorporar una pregunta sobre esta materia en la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Al respecto, 63,7% de la población considera que "todos deberían poder votar", 19,2% indica que "ninguno debería poder votar" y 14,5% estima que el ejercicio de este derecho habría que restringirlo "sólo a quienes tengan vínculos con Chile" (INDH, en prensa).

50 Oficio 21/2011 de la Corte Suprema, de 25 de enero de 2011. Informe proyecto de Ley Nº 54-2010, Antecedente Boletín Legislativo Nº 7338-07.

51 Boletín 6950-07 de 19 de mayo de 2010, reforma constitucional para permitir el voto de los chilenos en el extranjero; y Boletín 7335-07 del 1 de diciembre de 2010, sobre voto de chilenos en el extranjero. A la fecha de redacción de este Informe, este último proyecto se encontraba con suma urgencia en el Congreso Nacional.

52 Boletín 9004-07 del 24 de junio de 2013, que garantiza el derecho de sufragio para los ciudadanos chilenos residentes en el extranjero; y Boletín 9069-07 del 14 de agosto de 2013, que regula el ejercicio del sufragio de los ciudadanos que se encuentran fuera del país. A la fecha de redacción de este Informe, ambos proyectos se encontraban en primer trámite constitucional en el Congreso Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

Carrera, C. (26 de agosto de 2013). *En el Parlamento #faltalaotramitad.* Obtenido de Blog La Tercera: http://blog.latercera.com/blog/ccarrera/entry/en_el_parlamento_faltalaotramitad

CESOP. (agosto de 2013). *Boletín N°1 Línea de Investigación Democracia y Desarrollo. Solo 12 mujeres son candidatas al Senado y 88 a la Cámara de Diputados de un total de 548 postulantes.* Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Santiago, Chile: Universidad Central de Chile.

ComunidadMujer. (25 de septiembre de 2013). *Democracia sin mujeres, democracia incompleta.* Obtenido de http://www.comunidadmujer.cl/2013/09/columna-una-democracia-sin-mujeres-una-democracia-incompleta/

INDH. (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile.

INDH. (2013). *Informe Complementario al Comité de Derechos Humanos. Sexto Informe del Estado de Chile ante el Comité de Derechos Humanos.* Santiago.

INDH. (en prensa). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos.* Santiago, Chile.

Montecinos, E. (7 de octubre de 2013). *Elección de Consejeros Regionales: ¿Solo para hombres?* Obtenido de El Mostrador: http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/10/07/eleccion-de-consejeros-regionales-solo-para-hombres/

Acceso a la justicia

2

1. Reformas judiciales y acceso a la justicia

1

REFORMAS JUDICIALES Y ACCESO A LA JUSTICIA



Fotografía: Enrique Cerda



1

REFORMAS JUDICIALES Y ACCESO A LA JUSTICIA

ANTECEDENTES

Cada vez más, las características de la justicia, tanto en los diseños institucionales como en sus procedimientos y paradigmas de análisis, han debido acompasar las crecientes demandas y expectativas de las sociedades posdictatoriales y su desarrollo, así como los compromisos que los propios Estados han ido asumiendo en el ámbito internacional. Así, el acceso a la justicia "ha pasado también a ser considerado como principio y condición esencial del Estado de Derecho: todos/as los/as ciudadanos/as deben poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y ojalá solucionados, eficaz y oportunamente. Además de la jurisdicción de tutela estatal, la prevención de conflictos, la promoción de derechos y de mecanismos colaborativos de solución de controversias, donde participan variados actores sociales, del sector público y privado, constituyen áreas esenciales del Acceso a la Justicia" (Cox, 2007). En definitiva, el derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, abarca también aspectos más amplios que buscan asegurar una respuesta efectiva por parte del sistema de justicia en aras a resolver los conflictos de relevancia jurídica y de ese modo garantizar los derechos humanos de todas las personas.

Desde hace más de una década el Estado de Chile se ha propuesto la modernización global de la administración de justicia. El punto de partida fue la reforma procesal penal del año 2000 que tuvo como un eje central satisfacer las garantías del debido proceso contenidas en la Constitución Política y en diversos tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile[1]. El mensaje del proyecto de ley, que luego daría origen al Código Procesal Penal, afirmaba "(…) no se trata sólo de satisfacer las exigencias del debido proceso, llevando así a término el desarrollo del Estado Constitucional. Todavía esa reforma resulta exigida por la idea y el principio de los derechos humanos que fundan al sistema político y que constituyen, como es sabido, uno de los compromisos más delicados del Estado ante la comunidad internacional"[2]. A la reforma procesal penal le siguieron la reforma a la justicia de familia[3] y laboral[4], las cuales en su proceso de implementación no han estado exentas de dificultades. Ambas reformas, siguiendo la misma línea que la reforma procesal penal, tuvieron como propósito garantizar y acrecentar el acceso a la justicia a sectores tradicionalmente excluidos[5]. Asimismo se promulgó en el año 2004 la nueva ley de arbitraje comercial internacional y se establecieron jurisdicciones especiales como el tribunal de la libre competencia; en el año 2009 se crearon los tribunales tributarios y aduaneros, dependientes de la Corte Suprema e integrados por jueces especializados que aún se encuentra en proceso de implementación. Otra reforma la constituye la Ley Nº 20.600 que crea los tribunales ambientales, actualmente en proceso de instalación. Finalmente, en el año 2010

1 Mensaje Código Procesal Penal, Ley Nº 19.969.

2 Ibídem.

3 Ley Nº 19.968 Crea los Tribunales de Familia.

4 Ley Nº 20.087 que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el título V del Código del Trabajo.

5 Historia de la Ley Nº 20.087, págs 7 y 8, Historia de la Ley Nº 19.968, pág. 7.

se desarrolló la reforma a la justicia militar[6]. Sin embargo, esta última no ha cumplido plenamente a la fecha con el objetivo de adecuar la totalidad de la jurisdicción penal militar a los estándares internacionales de derechos humanos[7]. No obstante valorarse la reforma realizada el año 2010, que excluyó del ámbito de competencia de los tribunales militares el juzgamiento de civiles y mayores de edad cuando tienen la calidad de imputados, el INDH ha manifestado su preocupación en este ámbito y la necesidad de adecuar sus procedimientos al debido proceso, toda vez que mantiene vigentes hipótesis de delitos que no son propiamente militares, cuando el victimario o imputado sea un militar (incluidos Carabineros de Chile) y la víctima del mismo sea un civil (INDH, 2011). El Estado de Chile se mantiene renuente a desarrollar una reforma integral de la justicia militar que permita satisfacer lo ordenado por la Corte IDH y que garantice un tratamiento conforme al principio de igualdad. Es indispensable que la utilización de la justicia militar se limite a delitos de carácter militar cometidos por funcionarios en servicio activo[8].

A comienzos de 2013, en el marco de la Primera Cumbre CELAC–UE, el Presidente de la República Sebastián Piñera reiteró el compromiso[9] de realizar una reforma y modernización al sistema de justicia chileno. Destacó especialmente la reforma al Código de Procedimiento Civil que data del año 1902, por una normativa que brinde una respuesta adecuada a los requerimientos actuales. Asimismo mencionó el estudio de una reforma al Código Penal que data de 1874, con el propósito de establecer un mejor sistema de tipificación de delitos y asignación de penas.

Este capítulo analizará en forma general el proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, específicamente cómo la reforma requiere contemplar modificaciones adicionales, tanto a nivel institucional como normativo, para dar efectiva garantía al derecho de acceso a la justicia. Al final se analizará la llamada "Reforma a la Reforma Procesal Penal", que fue anunciada para perfeccionar el funcionamiento del actual proceso penal en el país.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El derecho de acceso a la justicia está consagrado de forma genérica en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en el marco del sistema universal de derechos humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha destacado que "el acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia"[10]. Los artículos mencionados implican un mandato para los Estados de crear una institucionalidad que permita desarrollar y mantener mecanismos de protección de los derechos en el derecho interno. Dichos mecanismos, tanto judiciales como administrativos, son determinantes para el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos, especialmente de los grupos vulnerados. La Corte IDH ha destacado la relación entre el principio de igualdad y el derecho de acceso a la justicia, afirmando que "[…] la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación, incluso los instrumentos ya citados […],

6 Ley Nº 20.477 publicada el 20 de diciembre de 2010.

7 El INDH ha manifestado que resulta indispensable avanzar en la introducción de reformas en sintonía con la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Palamara, las recomendaciones formuladas por los órganos de tratados (Comité contra la Tortura. Observaciones finales. CAT/C/CHL/CO/5. 14 de mayo de 2009, párr. 14. Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/CHL/CO/5 17 abril 2007, párr. 12), y los propios compromisos estatales asumidos a este respecto. Ver INDH, Informe Anual 2011, pág. 103.

8 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011. "…adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo […] Garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares…"

9 El 13 de marzo de 2012 en la firma del proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil, el Gobierno expresó como el proyecto constituía un paso en el deber de modernizar el sistema de justicia chileno.

10 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 32, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/CG/32, párr. 9.

al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio"[11].

En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha señalado que "[…] el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley"[12]. En la medida que el acceso a la justicia es fundamental para salvaguardar los derechos de las personas y de los grupos vulnerados, requiere un conjunto de medidas y garantías que aseguren el ejercicio de este derecho y es labor del Estado adoptar tales medidas especiales. En particular, este año, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –a propósito de la ausencia de información sobre casos judiciales de discriminación racial en el Estado– alentó a Chile "a que continúe los esfuerzos por dar a conocer a la población sus derechos y los recursos jurídicos a su disposición para casos de discriminación racial y de violación de sus derechos. A la luz de su recomendación general Nº 31 (2005), sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, el Comité invita al Estado parte a tomar las medidas efectivas necesarias para garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, incorporando la asesoría legal y los servicios de interpretación"[13].

Por su parte, la Comisión IDH ha señalado que el derecho al acceso a la justicia no se reduce a la interposición de acciones judiciales, sino que comprende también el cumplimiento de lo fallado por el tribunal. En este sentido, afirmó que "el corolario de la función jurisdiccional es que las decisiones judiciales sean cumplidas, ya sea de forma voluntaria o de manera coercitiva, con el auxilio de la fuerza pública de ser ello necesario. […] Lograr la ejecución de las sentencias judiciales constituye así un aspecto fundamental a la esencia misma del Estado de derecho"[14].

EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

El INDH ha señalado que "acceder a la justicia es un derecho humano fundamental y su garantía representa una obligación para el Estado" (INDH, 2012). Si bien la Constitución Política de la República (CPR) no contiene ninguna disposición explícita que reconozca de manera expresa el derecho a la tutela judicial o de acceso a la justicia, este derecho puede considerarse implícito en el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, consagrado en el artículo 19 Nº 3 de la CPR, y también ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. A la fecha, es posible identificar diversos fallos del Tribunal Constitucional (TC) en los cuales se hace referencia al derecho de acceso a la justicia en forma diversa. En algunas ocasiones el TC se ha referido a él como el derecho de acceder al órgano jurisdiccional; también lo ha definido como el derecho fundamental al proceso, y en otras oportunidades lo ha equiparado a un derecho a la acción o a la tutela judicial. La nomenclatura "tutela judicial" se ha utilizado para aludir de manera más amplia a todo el proceso de búsqueda de justicia y no solamente a la interposición de la acción, lo que constituye una definición de acceso a la justicia en sentido amplio.

REFORMA PROCESAL CIVIL

En los últimos veinte años América Latina ha atravesado numerosos procesos de reformas judiciales con el propósito de mejorar y perfeccionar los sistemas de justicia. En Chile, al igual que en otros países de la región, los esfuerzos se dirigieron primero a la reforma del sistema penal; esto se explica tanto por factores de contexto como por razones de orden técnico. Las reformas penales estuvieron ligadas

11 Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A Nº 18, párr. 83.

12 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 32, *op.cit.*, párr. 2.

13 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones (12-30 del agosto de 2013). Versión no editada, 30 de agosto de 2013, CERD/C/CHL/CO/19-21, párr. 11.

14 Comisión IDH, Informe de fondo Nº 110/00. Caso 11.800, César Cabrejos Bernuy, Perú, 4 de diciembre de 2000, extractos párrs. 24 y 25.

temporalmente a los procesos de transición democrática de la región, en los cuales se produce una revalorización del compromiso con los derechos humanos. De un análisis del funcionamiento de los sistemas de justicia, era en materia penal donde se podían apreciar más claramente violaciones a los derechos humanos, especialmente respecto del derecho al debido proceso y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sumado a los altos indicadores de privados de libertad sin condena. En un aspecto técnico, crucial fue el rol desempeñado por una elite de profesionales, que a pesar de ser reducido, fue capaz de formular una propuesta sólida y coherente al sistema inquisitivo vigente destacando la necesidad de incorporar a la justicia criminal los valores del Estado de Derecho y los derechos humanos (Duce, 2009). Una segunda etapa de reformas se inicia en Chile, a partir del año 2005, con el proceso de elaboración de un nuevo Código Procesal Civil. En el sitio web del Ministerio de Justicia, la reforma procesal civil se caracteriza como "una gran reforma pendiente de la justicia chilena, necesaria para el Estado de Derecho y el desarrollo económico y social de nuestro país"[15]. El primer proyecto de ley fue presentado ante el Congreso Nacional en 2009[16]. Dicha iniciativa avanzó en su tramitación, fue traspasada a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado y, a raíz de un oficio enviado a la Corte Suprema, el máximo tribunal analizó su contenido y emitió su opinión al respecto[17]. Una vez producido el cambio de Administración, y en razón de la revisión efectuada por una Comisión Interministerial[18] del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, el proyecto fue retirado y reemplazado por una nueva propuesta –basada en la revisión del proyecto de ley elaborado por el Foro en el gobierno anterior–, la que se presentó ante la Cámara de Diputados el 12 de marzo del 2012[19].

Dicho proyecto de ley responde a un cambio de paradigma en el sistema de justicia civil. En efecto, se transita desde un proceso esencialmente escrito hacia un proceso contradictorio[20] o adversarial en el que prima la oralidad, la inmediación, la valoración de la prueba conforme a la sana crítica –reemplazando un sistema legal de valoración de determinados medios de prueba por un sistema en el cual se otorga libertad de apreciación al juez para valorar la prueba caso a caso según su pertinencia y relevancia, la concentración de etapas procesales disminuyendo los tiempos de respuesta, y la simplificación del régimen de recursos y se restringe la posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas por el tribunal, entre otros aspectos. Asimismo, la reforma tiene por objeto modificar el actual diseño de facto consistente en la constante delegación de funciones propias del juez a otros funcionarios auxiliares de la administración de justicia, quienes por la realidad de recarga de trabajo del sistema y el alto número de causas, han debido asumirlas.

En cuanto a la estructura y contenido del proyecto del nuevo Código Procesal Civil, se mantiene una estructura tradicional dividiéndose en libros, títulos, capítulos, párrafos y artículos. Respecto de las materias abordadas, el libro primero denominado "Disposiciones Generales" contiene las normas introductorias y los principios generales del proceso, como concentración, inmediación, publicidad, oralidad, "[…] que la propia doctrina ha consagrado como los referentes más importantes de los modernos Estados democráticos"[21]. Asimismo, se caracteriza el rol del juez y sus funciones en el nuevo procedimiento como también la manera en que intervienen las partes en el juicio. Otros aspectos abordados son los incidentes especiales, la regulación de la nulidad procesal y las medidas prejudiciales. En el libro

15 Ministerio de Justicia. Para su desarrollo se identifican distintas etapas, siendo la primera de ellas la convocatoria al "Foro Procesal Civil". Este Foro consistió en la conformación de una comisión ciudadana convocada por el Ministerio de Justicia de la época y su principal tarea fue consensuar cuáles debían ser los principios bases del nuevo proceso civil. A partir del trabajo del Foro se adoptó la decisión de delegar la elaboración de un Anteproyecto de Código Procesal Civil, que contenga los principios acordados, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Una segunda etapa comenzó a fines del 2006 cuando el anteproyecto fue entregado al Ministerio de Justicia.

16 Mensaje Nº 398-357 de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que aprueba el nuevo Código Procesal Civil, 18 de mayo de 2009, Boletín 6567-07.

17 Corte Suprema, Oficio Nº 199 Informe, 7 de agosto de 2009.

18 Se convocó a una Comisión Interministerial de seis miembros, de los cuales tres fueron participantes del anterior Foro Procesal Civil más la participación directa del entonces Ministro de Justicia, Felipe Bulnes. Durante el 2010-2011 la Comisión Interministerial realizó entregas parciales del articulado revisado del Código para someterlo a comentarios del Consejo Asesor, una comisión ampliada con otros actores regionales.

19 Mensaje Nº 004-360 con el que inicia el proyecto de ley que establece el nuevo Código procesal Civil, Boletín 8197-07.

20 El "proceso contradictorio" se refiere a la posibilidad que tienen las partes de cuestionar lo planteado por la otra, lo que presupone la igualdad de armas en el proceso.

21 Mensaje Nº 004-360, *op. cit*.

segundo se abordan los procesos declarativos, reconociendo la existencia de dos tipos: ordinario y sumario. El procedimiento ordinario es muy simple y contempla una etapa de discusión por escrito, una audiencia preliminar, una audiencia de juicio y la sentencia definitiva. Por su parte, el juicio sumario es más rápido y concentrado que el ordinario. En ambos procedimientos, la sentencia final no se pronuncia al término de la audiencia de juicio, sino que se otorga un plazo para que se dicte por escrito. El libro tercero propone un nuevo régimen de recursos, simplificando el modo en que se pueden presentar y eventualmente acortando la duración de los procesos, entre otros aspectos, y consagra la posibilidad de solicitar a la Corte Suprema la revisión de un fallo –a través de un recurso extraordinario– cuando se estime afectado el interés general. El libro cuarto propone una nueva forma de regular el cumplimiento de las sentencias, simplificando los métodos para su implementación y distinguiendo la forma de exigir su cumplimiento según las características específicas de cada causa. Por último, el libro quinto regula los procedimientos especiales en atención a las materias a tratar[22].

Para que estas modificaciones se traduzcan en una reforma efectiva, no basta una modificación de los procesos orientados a la modernización y eficacia conforme a los principios de oralidad, transparencia, publicidad, entre otros. En aras a garantizar un derecho efectivo de acceso a la justicia son necesarios cambios en los distintos componentes del sistema de justicia y su acceso. Al respecto la doctrina ha señalado que "el actual esquema de justicia civil está agotado, y la evidencia empírica en esta materia así lo demuestra. La reforma en este sector, al igual como sucediera en materia penal, deberá significar una completa transformación de las estructuras las que en muchos ámbitos será radical […] una revisión de las pautas organizacionales al interior de las instituciones que fueron objeto de modificaciones, la implementación de sistemas informáticos, indicadores de gestión, y por cierto, un nuevo esquema oral en lo procesal" (García & Leturia, 2006). El INDH observará atentamente la tramitación del proyecto a efectos de que se consideren durante su discusión los estándares internacionales relevantes en la materia.

22 Se establecen el procedimiento monitorio, el juicio sobre cuentas, la citación de evicción, la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada y los interdictos.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Las reformas a los sistemas de justicia civil han tendido a complementarse con la incorporación de métodos alternativos de resolución de conflictos. Dentro de este tipo de instrumentos alternativos, los más frecuentes son la mediación[23], la conciliación y el arbitraje. Chile no cuenta con una ley de mediación o conciliación, aunque es posible identificar legislación específica en determinadas áreas. En efecto, la mediación familiar fue introducida mediante la Ley Nº 19.968 en el año 2004. En materia laboral la Ley Nº 20.087 del 2006 introdujo el proceso de tutela laboral que contempla una etapa de mediación prejudicial. Otras áreas donde se contempla la mediación son la salud y los derechos del consumidor. El actual proceso civil contempla un llamado a conciliación para todos aquellos procesos en los cuales sea admisible la transacción, con ciertas excepciones[24]. En relación con el arbitraje, este se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil y en leyes especiales[25], según su alcance y la materia a analizar.

Quienes promueven estos mecanismos los justifican basándose en tres fundamentos: primero, son una alternativa más económica y más rápida; en segundo lugar, constituyen una vía para aquellos conflictos privados en los cuales el Estado no tiene interés en intervenir; y un tercer aspecto, "…por razones sustantivas, porque las soluciones que en ellos se alcanzan son de mayor calidad que las judiciales" (Vargas, 2002).

Del mismo modo, también se han presentado reparos a estas modalidades alternativas de acceso a la justicia. En primer lugar, se ha señalado el riesgo de generar justicias de

23 Por ejemplo la Ley Nº 19.968 de Tribunales de Familia que introduce la mediación familiar en Chile (2004), dispone en su art. 103: "Para los efectos de esta ley se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos".

24 Código de Procedimiento Civil, Libro II, Título II "De la conciliación" arts. 262 y sgtes.

25 Ley Nº 19.971 sobre arbitraje comercial internacional.

primera y segunda categoría para resolver conflictos; una a la cual acudirían las personas con capacidad de pago, y otra a la cual recurrirían aquellos que no pueden incurrir en dichos gastos. En la medida en que una de las preocupaciones principales para su promoción dice relación con los altos costos de la justicia tradicional, no sería deseable que se establezcan métodos alternativos de resolución de conflictos solamente porque pueden contribuir a abaratar los costos, sino que debieran evaluarse sus virtudes y defectos de manera integral, y según las características de la conflictividad que se busca resolver. También se ha aludido al valor que tiene la dimensión pública del litigio. En palabras de un académico, "en los tribunales no solo debatiríamos acerca de nuestros particulares intereses –acerca de los bienes de que usted o yo somos directamente titulares–, sino también acerca del conjunto de nuestras instituciones, acerca de los bienes que forman parte de nuestra comunidad política la deliberación efectuada en el proceso político y en los tribunales es una fuente de normatividad que nada podría sustituir. La autogestión de los conflictos –como si ellos fueran una extensión de la propiedad privada o formas de terapia a las que voluntariamente nos sometemos– constituirían un punto de vista que acaba deteriorando el ideal democrático y reduciendo toda forma de sociabilidad a una forma de mercado" (Peña, 2002).

Con todo, desde su origen, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos presentes en la legislación chilena se han identificado como instrumentos útiles para reducir la demanda ante los congestionados tribunales de justicia y acceder a sistemas más eficientes. Asimismo, el impulso que han recibido estas vías también se sustenta en la idea de que sean las propias partes de un conflicto las que alcancen una solución pacífica por medio de un diálogo que ellas mismas desarrollan orientadas por un tercero.

La doctrina señala que, por regla general, el desarrollo de este tipo de mecanismos se configura por una vía distinta e independiente de las reformas a la justicia civil (Mera, 2013). Chile se encuentra en dicha situación, si bien "cuenta con una vasta pero también dispersa experiencia en programas de resolución alternativa de conflictos en las últimas décadas. En la actualidad existe mediación previa (u obligatoria) en materias de familia (pública y privada), instancias de mediación en conflictos de salud, laborales, derechos del consumidor, un programa de justicia vecinal, etc., pero no existe un cuerpo legal general sobre mediación…" (Mera, 2013). Dado que los métodos alternativos de resolución de conflictos operan con una lógica distinta a la que caracteriza el proceso de justicia tradicional, su ubicación institucional es determinante para garantizar su uso y efectiva correlación con los sistemas de justicia tradicional. Por ello se los debe integrar a este de una manera adecuada y sistemática, respetando sus propias dinámicas; más aun cuando el objeto de integrarlos es precisamente subsanar uno de los problemas que aqueja al sistema de justicia, esto es, su congestión[26].

Las reformas se orientan a lograr que los sistemas públicos y privados de justicia se refuercen mutuamente como dos hélices alineadas para una justa y eficiente administración de justicia (Andrews, 2012). Sin embargo, de un análisis de la normativa propuesta se puede apreciar que el proyecto de Código no regula la existencia de los mecanismos alternativos ni su correlación con el nuevo proceso civil. Allí se indica que su eventual reforma será abordada en el futuro y que aquello será tarea de leyes especiales complementarias, como lo señala el Mensaje del proyecto analizado[27].

Desde una perspectiva de derechos humanos, también cabe alertar sobre el riesgo que existe cuando los métodos alternativos se utilizan en casos en que haya eventualmente una afectación a los derechos fundamentales. En la medida que estos son irrenunciables, los acuerdos alcanzados a través de la utilización de métodos alternativos debieran poder ser observados por un tercero imparcial, con la capacidad de verificar que no se estén vulnerando dichas garantías. Así, resulta fundamental que durante la tramitación del nuevo Código Procesal Civil se analicen y consideren los métodos alternativos de resolución de conflictos, abordándolos como una herramienta capaz de complementar la labor de los tribunales de justicia, sin perder de vista la necesidad de una integración coherente al resto del sistema, que garantice calidad sin discriminación, y el respeto a los derechos humanos de todas las personas de modo integral.

26 Mensaje Nº 004-360, *op. cit*.

27 Ibídem.

OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PROVEER SISTEMAS DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

En una sociedad con altos niveles de desigualdad como la chilena, el desarrollo de reformas procesales debe contemplar mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a los grupos más desaventajados. Toda reforma corre el riesgo de fracasar en el intento de proveer mejores niveles de acceso a la justicia si no se complementa con el desarrollo de los mecanismos que asuman la desigualdad material presente en la sociedad.

Al respecto, el diagnóstico desarrollado por especialistas subraya que las reformas judiciales no se han hecho cargo en forma suficiente del tema del acceso. "Estas reformas tienden a modernizar, agilizar y dar más calidad y legitimidad al proceso judicial. Se trata de introducir principios como la oralidad o la inmediación en el marco de los procesos que hoy en día el sistema conoce, que son procesos que tienen cierta cuantía y que en general responden a demandas de ciertos sectores sociales relativamente más integrados. Pareciera ser indispensable que cualquier reforma judicial, si es que es esa la estrategia predominante, ser capaz de integrar otros elementos, como por ejemplo toda la temática del acceso por la vía de la provisión de defensa jurídica, la integración de respuestas alternativas que funcionen de manera coordinada y coherente con las respuestas judiciales. Lo mismo con los sistemas alternativos" (CEJA, 2013).

En esta materia, la Constitución Política consagra en el artículo 19:

> La Constitución asegura a todas las personas:
>
> La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.
>
> Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.
>
> La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

En efecto, si el Estado no contempla a aquellos que se encuentran en la situación más desaventajada, los sistemas de administración de justicia terminan siendo utilizados solo por aquellos que cuentan con recursos económicos para obtener una solución a sus demandas. El funcionamiento de los juzgados civiles son un ejemplo ilustrativo de esta situación, siendo utilizado mayormente por aquellos actores con mayores recursos económicos y que se refleja en el tipo de causas que son conocidas y resueltas por los tribunales; la mayor concentración de causas corresponden a cobranza judicial (Mery, 2006).

Las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ) constituyen el soporte principal del sistema de asistencia jurídica gratuita en Chile, tanto por razones de cobertura territorial como de permanencia de sus servicios en el tiempo[28]. Ello pese a los reducidos presupuestos que manejan y a los problemas estructurales que arrastran prácticamente desde su creación (Vargas, 2011)[29]. El mandato de las CAJ es prestar asistencia jurídica gratuita a personas de escasos recursos y proporcionar los medios para efectuar la práctica profesional a futuros abogados/as. Al respecto, el INDH ha manifestado su preocupación destacando que "dentro de sus insuficiencias se señala que el personal para dar atención jurídica a quien lo solicita está constituido por egresado/as de derecho (postulantes), quienes por seis meses deben realizar allí su práctica profesional. De esta manera, las

28 Durante el año 2012 fueron atendidas 234.540 personas a través de los sistemas: personas atendidas en terreno, los centros de atención jurídica social, orientación e información, centros de atención de víctimas de delitos y del call center "Justicia te ayuda". Cuenta Pública CAJ, 2012.

29 Las CAJ fueron creadas en 1981 por medio de la Ley Nº 17.995, como continuadoras legales del Colegio de Abogados de Chile en lo referente a los servicios de asistencia judicial. En una primera etapa se crearon tres corporaciones: Valparaíso, Biobío y Metropolitana. Años después, en 1988, se creó la CAJ de la Región de Tarapacá y Antofagasta, quedando conformado el sistema por cuatro instituciones, número que se mantiene hasta el día hoy. Forman parte de los servicios relacionados del Ministerio de Justicia.

personas que recurren a esta institución ven enfrentadas sus expectativas a la tramitación de causas llevadas a cabo por postulantes que rotan cada seis meses y que no necesariamente cuentan con la experiencia profesional para satisfacer la exigencia de calidad que requiere la defensa técnica y letrada" (INDH, 2012, pág. 99).

En el marco de la cuenta pública 2011, el Ministerio de Justicia presentó el anteproyecto sobre el Nuevo Servicio Nacional de Asistencia Jurídica[30], que sustituiría a las actuales Corporaciones de Asistencia Judicial. El propósito de la iniciativa sería complementar el proceso de modernización de la justicia a través de un servicio de alcance nacional, con un sistema más profesional, en el cual no se requiera de los alumnos/as en práctica egresados de las facultades de derecho, y utilizar también el sistema de licitación de representación jurídica.

Ya en diciembre de 2010, la Corporación de Asistencia Judicial implementó una reorganización institucional con el fin de "mejorar el acceso a la justicia a todos los chilenos, independiente del lugar en que se encuentran" (CAJ, 2012). El año 2011 continuó el proceso de modernización, el cual tuvo como ejes centrales el mejoramiento de infraestructura, la modernización de la plataforma tecnológica, la incorporación de cambios en los procesos asociados a la práctica profesional, la capacitación y perfeccionamiento de los/as funcionarios/as, el fortalecimiento del departamento de bienestar, la reestructuración de la subdirección administrativa y la difusión y comunicación institucional y coordinación interinstitucional. Todos los cambios fueron desarrollados con el propósito de hacer frente a los desafíos propios de la modernización del Estado. (CAJ, 2011). Conforme a la última cuenta anual, destacan de los cambios implementados dos aspectos: medidas para mejorar el desempeño de la práctica profesional y el programa "Justicia te ayuda".

30 Establece la creación de un nuevo servicio público que tendrá por objeto prestar asistencia jurídica y judicial profesionalizada, ya sea directamente o a través de prestadores habilitados, a las personas que se definan como beneficiarios, que son aquellas que carezcan de medios necesarios para procurárselas por sí mismos. Cabe destacar que el primer proyecto presentado en la materia fue en el año 1992 (Boletín 861-07) durante el gobierno del Presidente Aylwin. El proyecto pasó a segundo tramite y fue archivado.

En relación con el primer aspecto se desarrollaron acciones orientadas a brindar transparencia a los mecanismos de postulación y asignación de prácticas profesionales, especialmente revisando el nivel de carga de asignación de causas a los y las postulantes. Además, se adoptaron nuevos procedimientos que buscaron limitar el número máximo de causas por postulante y restringir la asignación de causas hasta el tercer mes de práctica profesional para permitir un efectivo y pronto término de estas y disminuir el período de entrega e información al público. Por su parte, el programa "Justicia te ayuda", que busca acercar al público a través de un lenguaje simple el servicio de asistencia jurídica gratuito y con presencia en terreno, implementa un canal de atención telefónica, un canal de atención vía *web* y un sistema de atenciones en terreno. En relación con este último, las iniciativas consistieron en cuatro programas: "Casera, la justicia llegó a la feria", atención en campamentos, *stand* de atención en sectores urbanos y gobierno en terreno, y Chile sigue contigo. Los cambios señalados buscan lograr mejoras en el sistema de asistencia jurídica gratuita, y en este marco, el actual proyecto de reforma procesal civil en tramitación debiera contemplar dichas acciones y hacer dialogar los distintos esfuerzos, de forma tal de garantizar el derecho de acceso a la justicia a todas las personas sin discriminación. El INDH considera relevante que todas las políticas orientadas a mejorar el funcionamiento y servicio de la CAJ se analicen en relación con el nuevo proceso civil que se está discutiendo. La consideración de los cambios en forma aislada, sin coordinación ni conexión entre ellos, podría dificultar un efectivo acceso a la justicia de los grupos vulnerados.

Resulta relevante en definitiva que la reforma al sistema procesal civil contemple el desarrollo y vinculación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y el perfeccionamiento y ampliación de cobertura del sistema de asistencia jurídica gratuita. La política en la cual se funde la reforma civil requiere ser coherente y para lograrlo cabe identificar la ubicación institucional de los métodos alternativos de resolución de conflictos a los fines de que lo "alternativo" sea el tipo de procedimiento, más que la instancia institucional en la que se ofrece, y su correlación con el sistema de justicia formal.

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El 4 de marzo de 2013 ingresó al Senado el proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal con el fin de reforzar la protección de las víctimas, mejorar la función que desempeña el Ministerio Público, y fortalecer la acción policial y la operatividad del Sistema de Justicia Penal[31]. De acuerdo con el Mensaje del Presidente de la República, las modificaciones legales que se anuncian en el proyecto tienen distintos propósitos. Por un lado, apuntan a clarificar el sentido de ciertas normas cuya aplicación ha sido variable y con ello evitar interpretaciones disímiles en el futuro. Por el otro, se busca perfeccionar algunas disposiciones para facilitar el funcionamiento del sistema de justicia penal en general.

El contexto en el cual fue elaborado el proyecto se caracteriza por fuertes críticas a la labor de los jueces, que se percibe como "muy garantista"[32], y en virtud de fallos de alto impacto comunicacional en los cuales la decisión final de los tribunales fue contraria a las posturas defendidas públicamente por el Gobierno. Ejemplos de lo anterior son el "caso Bombas" y el "caso Pitronello". En relación con el primero, el Presidente Sebastián Piñera reconoció que lo sucedido en tal juicio había constituido un impulso para promover la actual reforma[33]. Tanto su texto como las indicaciones presentadas tienen como fundamento "combatir la delincuencia"[34].

El proyecto en análisis fue elaborado a partir del trabajo de la "Comisión Asesora Presidencial para el Perfeccionamiento del Sistema de Justicia Penal", que junto con el Ministerio de Justicia identificaron los principales problemas del sistema procesal penal[35]. Como resultado del trabajo, la Comisión elaboró el "Informe para el perfeccionamiento del Sistema de Justicia Penal" (8 de noviembre de 2012), que fue puesto a disposición de la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal[36]. Ambas comisiones procedieron en conjunto a analizar las propuestas en una mesa de trabajo creada al efecto. No obstante, el trabajo de la Comisión Asesora Presidencial ha sido cuestionado por especialistas en la materia, tanto por su integración como por la forma en la cual desarrolló su trabajo[37].

El trabajo del Ministerio de Justicia y de ambas comisiones se focalizó principalmente en tres áreas: a) coordinación entre los actores del sistema penal; b) capacitación y formación de los mismos, y c) modificaciones legislativas. Las modificaciones propuestas en el proyecto se clasifican en cuatro ejes:

i) Medidas para aumentar la protección y participación de las víctimas.

a. Aumento del control de la víctima y querellante respecto de las actuaciones del Ministerio Público.

b. Fortalecimiento del control administrativo del Ministerio Público.

31 Boletín Nº 8810-07, proyecto de ley también denominado "Reforma a la reforma procesal penal".

32 Jueces "garantistas" en la mira del Gobierno: Jóvenes, empoderados… y desafiantes. www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2012/10/788249/jueces-garantistas-en-la-mira-del-gobierno-jovenes-empoderados-y-desafiantes. La crítica a un "excesivo garantismo" también ha sido formulada por los académicos Sergio Verdurgo y José Francisco García.

33 www.eldinamo.cl/2012/10/17/pinera-critica-a-jueces-de-garantia-no-aplican-la-ley-con-el-espiritu-con-el-cual-fue-aprobada/

34 El Ministro del Interior, Andrés Chadwick, afirmó que las indicaciones que fueron entregadas por la Ministra Cecilia Pérez a la Comisión de Constitución del Senado apuntan a "tener herramientas jurídicas que puedan resultar más eficaces en la lucha contra la acción de la delincuencia y en el propósito de dar mayor protección a las víctimas de la delincuencia en nuestro país". www.interior.gob.cl/n8072_04-09-2013.html

35 La referida Comisión estuvo integrada por el senador Alberto Espina; el diputado Edmundo Eluchans; el profesor José Francisco García, Coordinador de Políticas Públicas del Instituto Libertad y Desarrollo; la abogada Javiera Blanco, Directora de la Fundación Paz Ciudadana; los profesores Juan Domingo Acosta, Cristián Maturana Miquel y Raúl Tavolari Oliveros; los profesores Julián López Masle y Jorge Bofill Genzsch, ambos Consejeros del Colegio de Abogados, junto al ex Ministro de Justicia Teodoro Rivera, la Subsecretaria de Justicia –y actual Ministra– y el equipo técnico de dicha Secretaría de Estado.

36 Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, creada por la Ley Nº 20.534, conformada por el presidente de la Corte Suprema, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, el Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, el presidente del Colegio de Abogados, el Ministro de Justicia y el Subsecretario de Justicia.

37 El profesor Mauricio Duce destaca que se aprecian déficits en su composición desde una mirada política, por no contemplar ningún representante de oposición; desde un punto de vista técnico, por no incluir a los actores institucionales del sistema como jueces, fiscales, defensores o policías. Además los académicos que participaron fueron mayormente aquellos con ejercicio profesional, y respecto de Fundaciones y organizaciones, la única con experiencia previa en la materia fue la Fundación Paz Ciudadana.

c. Inclusión expresa del patrimonio de la víctima como objeto de protección.

ii) Medidas para mejorar la persecución penal que realiza el Ministerio Público.

a. Ampliación del catálogo de las medidas cautelares personales.

b. Ampliación de la competencia del juez de garantía para conocer del control de detención.

iii) Medidas para fortalecer el trabajo policial.

a. Orden de entrada y registro.

b. Establecimiento de estándares legales para el reconocimiento de imputados.

iv) Medidas para mejorar el perfeccionamiento del sistema en su conjunto.

a. Ampliación de las causales para apelar el auto de apertura[38].

b. Inclusión del manejo bajo sustancias psicotrópicas en revisión del Fiscal Regional.

La iniciativa legal consta de cinco artículos. En el primero, se introducen modificaciones al Código Procesal Penal; en el segundo, se modifica la Ley Nº 19.640 (LOC Ministerio Público); en el tercero, se incorpora un nuevo artículo 172 en el Código Orgánico de Tribunales; a través del cuarto artículo se establece la obligación de ciertas instituciones de emitir un diagnóstico de la gestión institucional y una propuesta conjunta de metas e indicadores comunes; finalmente, en el último artículo se establece la obligación de un plan anual de capacitación interinstitucional por parte de la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema Penal. El Poder Ejecutivo ha presentado numerosas indicaciones al proyecto, "equivalente al 50% de las propuestas originales"[39].

38 El juez de garantía confecciona el "auto de apertura del juicio oral", documento en el cual se contiene la acusación, la defensa y los medios de prueba que se utilizarán en el debate.

39 Carta de 12 de septiembre de 2013, Diario "El Mercurio" firmada por el profesor Mauricio Duce.

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL PROYECTO DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

El proyecto contiene aspectos positivos que conviene destacar. Entre ellos, sobresalen las medidas tendientes a aumentar la protección y participación de las víctimas en el proceso penal. El debate en torno a la participación de la víctima en materia penal ha sido desarrollado a nivel mundial y "en la práctica, en el derecho comparado existen diversos mecanismos, que, con distinto grado de profundidad, incorporan al ofendido en el procedimiento penal, introduciendo matices al monopolio del Ministerio Público en la acción penal" (Aguilera Bertucci, 2011). Efectivamente, las medidas que se contemplan en el proyecto a favor de las víctimas se encuentran en plena concordancia con el tratamiento de interviniente que le asigna la ley[40]. Ello sintoniza con lo preceptuado por los tratados internacionales de derechos humanos en lo concerniente al acceso a la justicia de todas las partes de un proceso[41]. En este eje de protección de los derechos de las víctimas se proponen mayores estándares en las exigencias al Ministerio Público, tanto para el archivo provisional como para la decisión de no perseverar en el procedimiento. También resulta positiva la propuesta que faculta a la víctima para reclamar administrativamente ante la autoridad del Ministerio Público, en los casos en que el fiscal arbitrariamente no formalice una investigación. Entre el conjunto de medidas en favor de las víctimas se establece la inclusión expresa del patrimonio de la víctima como objeto de protección. Al efecto, se propone el deber del juez de adoptar medidas de protección patrimonial a favor de la víctima en cualquier etapa del procedimiento, incluso con anterioridad a la formalización.

Un segundo tipo de modificaciones valorables es la propuesta de enmienda del artículo 155 del Código Procesal Penal, que contempla la incorporación de una nueva

40 Artículo 12.- Intervinientes. Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

41 Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C Nº 97, párr. 50.

medida cautelar personal[42]. En este caso, se propone aumentar el catálogo de medidas con las que cuenta el/la juez/a, consagrando la retención de licencia de conducir como una más de ellas. Esta iniciativa se corresponde con el sentido y naturaleza de este tipo de cautelares, que son siempre instrumentales y subordinadas al éxito de la investigación, entregando con ello al juez/a la posibilidad de aplicar medidas más oportunas y proporcionales a la clase de delitos que se trate. Con ello, se podrá aplicar medidas de menor intensidad punitiva a delitos de menor gravedad. Lo anterior es consistente con lo planteado por la Corte IDH en orden a que las medidas cautelares que limitan o restringen el derecho a la libertad personal deben ser siempre excepcionales y proporcionales a la naturaleza y magnitud de la infracción imputada. Por lo tanto, cualquier medida que se establezca debe ser la menos lesiva según las circunstancias y, en todo caso, se debe reservar la aplicación de las más intensas (prisión preventiva) a aquellos casos graves en que sea necesario y proporcional a la gravedad del delito cometido[43]. Por último, con la propuesta de agregar un nuevo artículo 196 bis se regula por primera vez el procedimiento de reconocimiento de imputados a través de fotografías o en forma presencial. Así, se consagran una serie de condiciones tendientes a asegurar que en el desarrollo de la diligencia investigativa de reconocimiento no se induzca indebidamente a la víctima o testigo al reconocimiento de una persona determinada. En efecto, esta cuestión ha sido fuente de numerosos errores en la práctica[44], cuyas consecuencias en muchos casos implica la afectación de derechos fundamentales puesto que personas que no han tenido responsabilidad penal en un hecho ilícito terminan en prisión preventiva o con largas condenas a penas privativas de libertad. Por lo tanto, el establecimiento de estándares legales para el reconocimiento de imputados/as contribuye a brindar mayor certeza y garantía en este tipo de diligencias.

Entre las reglas que se pretende incorporar destacan aquellas que exigen mayor rigurosidad en la descripción de los/as sospechosos/as, en la constancia de los registros, así como también la prohibición de participar en el procedimiento de reconocimiento a los/as mismos/as funcionarios/as policiales que realizaron los registros. Por último, en cuanto a los reconocimientos fotográficos se precisa expresamente la forma en que se deben confeccionar los set y la ubicación del imputado/a en cada uno de ellos, entre otras. Por lo tanto, la propuesta de incorporar nuevas medidas a los reconocimientos policiales viene a dotar de mayores garantías a quienes se les aplique este tipo de diligencias investigativas, fortaleciendo el debido proceso legal toda vez que se refuerza el derecho de toda persona a ser juzgada con las debidas garantías, por un tribunal independiente, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra[45].

No obstante, preocupa al INDH la propuesta de modificación del artículo 89 del Código Procesal Penal en relación con el examen de vestimentas, equipaje o vehículos. Si bien se mantiene, el criterio actual respecto de la facultad de las policías para proceder al examen del equipaje o del vehículo que portare y condujere el/la detenido/a, en el sentido que este podrá practicarse cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación, se propone cambiar la condición exigida para autorizar el examen de las vestimentas en el sentido de que podrá practicarse por "razones de seguridad". Esta modificación otorga, para el caso del examen de vestimentas, una facultad discrecional a la policía sin establecer un criterio o control de la misma, además de emplear una terminología equívoca cuyo sentido literal posible es amplio, utilizando una expresión ambigua, ajena a la gramática empleada por el mismo Código, la CPR y los tratados internacionales de derechos humanos que existen sobre la materia. La modificación comentada se encuentra en estricta relación –y posible afectación– con el derecho

42 Las medidas cautelares personales son aquellas que tienen por objeto privar o limitar la libertad del imputado durante el transcurso del proceso, y que debieran cumplir estrictos fines procesales, es decir, tener como propósito asegurar la comparecencia del imputado al juicio oral y a la eventual ejecución de la pena.

43 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

44 En el marco del Proyecto "Inocentes" de la Defensoría Penal Pública, lanzado el 27 de agosto de 2013, el 30% de los casos corresponde a personas injustamente privadas de su libertad como consecuencia de una identificación errónea. Ver http://www.proyectoinocentes.cl/casos/listado

45 Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74.

a la libertad personal[46]. La detención como afectación al derecho de la libertad personal es admisible solo en cuanto cumpla estrictamente con los requisitos para ello definidos. Del ordenamiento interno se puede desprender que los presupuestos definidos son: a) la legalidad; b) su finalidad y c) la proporcionalidad (Falcone, 2012).

Un segundo aspecto de preocupación es la propuesta de reforma del artículo 277 del Código Procesal Penal. Mediante esta norma se permite al Ministerio Público apelar la decisión del tribunal de excluir determinados medios de prueba en virtud del artículo 276 del Código Procesal Penal. El artículo 276 consagra las hipótesis en las cuales los y las juezas pueden excluir pruebas en virtud de ser estas manifiestamente impertinentes, o aquellas que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, la prueba documental y testimonial que tuvieran efectos puramente dilatorios en el juicio oral, y aquella prueba obtenida sin respetar los derechos fundamentales. La cuestión en análisis radica fundamentalmente, y más allá de la extensión de los casos en los que el Ministerio Público puede apelar, en la imposibilidad de los demás intervinientes de ejercer este mismo derecho, distinción que resulta injustificada. Los estándares internacionales, constitucionales y legales que informan el debido proceso exigen que en materia penal exista igualdad de armas y que todas las partes involucradas puedan apelar de las resoluciones señaladas.

El derecho al debido proceso es una garantía para todas las personas, sin discriminación. El principio de igualdad, subyace a este derecho como a cualquier otro reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y se debe reflejar en el principio contradictorio y de igualdad procesal. Lo anterior implica que en un determinado proceso, el tribunal debe comportarse de manera similar frente a todas las partes del mismo y que todas las partes deben tener los mismos derechos. Por otra parte, en un escenario de igualdad para todas las partes del proceso, es también primordial el principio de contradicción, el cual consiste en "la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias" (Horvitz-López, 2010). En el caso Kaufman contra Bélgica, se sostuvo que "quienquiera que sea parte en tales procedimientos, deberá tener una oportunidad razonable de presentar su caso a la Corte en condiciones que no lo coloquen en una desventaja substancial frente a su oponente"[47].

Para el INDH, la situación de personas privadas de libertad en prisión preventiva constituye una preocupación[48]. La prisión preventiva es una figura jurídica en tensión en una sociedad democrática, ya que afecta la presunción de inocencia y, por lo mismo, su utilización debe ser restringida. Sin embargo, tan solo el 23% de las personas que se encontraban en prisión preventiva entre 2005 y 2010 terminaron siendo condenadas a una pena privativa de libertad[49]. El uso desmedido de la prisión preventiva ha sido destacado por la Defensoría Penal Pública en los últimos años, especialmente en aquellos casos en los que las personas en prisión preventiva son finalmente absueltas[50]. A ello se agrega que no existe vía judicial ni administrativa para aquellas personas que fueron sujetas a una prisión preventiva improcedente. Por ello, un tercer aspecto de análisis es la indicación formulada durante la discusión en general del proyecto, por medio de la cual se propone agregar al artículo 140, que establece los requisitos para ordenar la prisión preventiva, la siguiente circunstancia: "y cuando el imputado haya sido formalizado anteriormente por igual delito o uno de igual o mayor gravedad". De aprobarse la citada indicación podría verse afectada la presunción de inocencia que ampara a todo/a

46 El derecho a la libertad personal constituye un eje fundamental en la protección de los derechos civiles y políticos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) lo consagra expresamente al afirmar que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en cuanto al derecho a la libertad personal, en su artículo 1º que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal y que las causas que la limiten deben estar fijadas de antemano por la Constitución y las leyes.

47 Sentencia de la Corte Europea en Kaufman vs Belgium Nº 10938/84, 50 DR 98 al 115 (1986).

48 El INDH abordó la situación del derecho a voto de las personas en prisión preventiva en el Informe Anual 2012, pág. 146.

49 A lo anterior, deben sumarse las cifras ya entregadas respecto del alto número de detenciones ilegales declaradas por tribunales en el contexto de manifestaciones sociales.

50 Véase Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007, pág. 31 y Memoria Anual 2008, pág. 47. En el mismo sentido ver Duce, Mauricio y Riego, Cristián, La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pág. 165. La Defensoría Penal Pública lanzó el "Proyecto Inocentes" que surge como respuesta a la situación de los imputados, en tanto han sido sujetos de persecución penal y cuando se les imputa la comisión de un delito y luego se comprueba su inocencia.

ciudadano/a frente a cualquier imputación de carácter penal. El derecho a la presunción de inocencia está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. En el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se garantiza a toda persona inculpada de un delito el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Lo anterior implica que la persona sea tratada como inocente hasta que no exista una sentencia judicial que afirme su responsabilidad en determinado delito. La Corte IDH ha señalado al respecto que el derecho a la presunción de inocencia, tal cual se desprende del artículo 8.2 de la CADH, impone la obligación al Estado de no condenar informalmente a una persona o emitir juicio ante la sociedad mientras no se acredite, conforme a la ley, la responsabilidad penal de aquella[51]. Además, la indicación comentada atribuye funciones y efectos a la formalización de la investigación penal no contemplados en la ley. Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha ido más allá al sostener que no solo el juez de la causa debe cumplir con garantizar este derecho, sino que también todos los órganos del Estado, afirmando que "la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado en conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso"[52]. En definitiva, la formalización es un acto de comunicación por medio del cual el Ministerio Público establece que respecto de una persona determinada se sigue una investigación en su contra. No atribuye ni determina responsabilidad penal alguna, por lo que no cabe atribuirle consecuencias de esta naturaleza.[53]

51 Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre de 2004. párr. 182.

52 Comité de Derechos Humanos, Observación General 13 (1984).

53 Para un análisis más detallado del proyecto de ley y sus diversas indicaciones ver minuta aprobada por el Consejo del INDH el 12 de agosto de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Bertucci, D. (2011). La participación de la víctima en la persecución penal oficial: análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho,* 18 (2), 51-72.

Andrews, N. (2012). La combinación de la administración pública y privada de la justicia civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* 253-289.

Bordalí, A. (2011). Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de Derecho,* 38 Nº2, 311-337.

CEJA. (2011). Cuenta Pública. Santiago.

CEJA. (2013). *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina.* Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

CAJ. (2011). Cuenta pública. Santiago.

CAJ. (2012). Cuenta pública. Santiago.

Cox, S. (2007). *Acceso a la Justicia en Chile: Concepto - Realidades y Propuestas.* Santiago de Chile.

Duce, M. (2009). Reformas a la Justicia Criminal en América Latina: una visión panorámica y comparada acerca de su gestación, contenidos, resultados y desafíos. En L. Dammert, *Crimen e Inseguridad. Políticas, temas y problemas en las Américas.* Santiago de Chile: Catalonia.

Duce, M. (2010). *Diez años de reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos.*

Duce, M. (2013). La "Reforma a la Reforma Procesal Penal": Análisis de la gestación y contenidos de un proyecto de ley. En U. D. Portales, *Anuario de Derecho Público* (págs. 110-144). Santiago de Chile.

Falcone, D. (2012). Concepto y Sistematización de la Detención Ilegal en el Proceso Penal Chileno. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXVIII), 433-495.

García, J. F., & Leturia, F. J. (2006). Justicia Civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. *Revista Chilena de Derecho,* 33 (2), 345-384.

González, F. (2007). Acceso a la Justicia en Iberoamérica. Lineamientos para una guía de buenas prácticas. *Primer Panel: conceptos, fundamentos y principios del acceso a la justicia*. Santiago de Chile.

Horvitz-López, M. I. (2010). *Lecciones de Derecho Penal.*

INDH. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile.

INDH. (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile.

Libertad y Desarrollo. (12 de marzo de 2012). Temas Públicos. *Reforma a la Justicia Civil: Primeros Pasos (1.055).* Santiago de Chile.

Mera, A. (2013). Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en contexto de reformas. En CEJA, *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina* (págs. 375-433). Santiago de Chile.

Mery, R. (2006). Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile. En J. S. (eds.), *Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil.* (págs. 990-109).

Peña, C. (2002). *Resolución alternativa de solución de conflictos. ¿Estimular los mecanismos alternativos?* Recuperado el 11 de octubre de 2013, de http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/revpdf/29.pdf

Vargas, J. E. (2002). *Problemas de los sistemas alternos de solución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial.* Recuperado el 11 de octubre de 2013, de http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/revpdf/29.pdf

Vargas, M. (2011). Acceso a la justicia y derechos humanos en Chile. En J. P. González, D. Lovera, D. Maquilón, S. Mariángel, V. Maturana, T. Santelices, y otros, *Manual autoformativo sobre acceso a la Justicia y Derechos Humanos* (págs. 49-58).

Violencia y derechos humanos

3

1. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes
2. Violencia hacia niños y niñas
3. Violencia contra las mujeres

1

TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES



Fotografía: INDH



1

TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES

ANTECEDENTES

Una de las violaciones a los derechos humanos que más intensamente afectan la dignidad humana es la práctica de la tortura. Sus modalidades de comisión y el objeto de atentar contra la integridad física y psíquica entrañan un grado de perversión que daña indeleblemente a la víctima. Hablar de la tortura es acercarse a la dimensión de un crimen infamante y cruel en que el bien jurídico lesionado está constituido por la persona misma: su cuerpo, su voluntad, su libertad, su personalidad, se ven constreñidas al abuso y la fuerza. La prohibición de la tortura en todo tiempo y lugar es por ello hoy un consenso ético y un imperativo jurídico global, que se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales de los cuales Chile es parte.

Pero ello no siempre fue así. Durante mucho tiempo, a los tormentos y otras formas de apremios se los consideró un medio legítimo para la obtención de una confesión o como una sanción justa frente a una infracción penal. El camino en la dirección de imponer límites al rostro más cruel del poder punitivo del Estado fue lento y, a pesar de su proscripción, este flagelo sigue constituyendo una práctica recurrente por parte de los Estados en muchas latitudes.

En Chile este crimen fue parte de una práctica institucional, masiva y sistemática de violaciones a los derechos humanos entre los años 1973 y 1990 y, a pesar del reproche social y del reconocimiento público y el repudio que el propio Estado hizo sobre esta práctica, no se ha logrado erradicar totalmente, persistiendo en la actualidad casos y denuncias sobre violencia institucional y abusos constitutivos de actos de tortura, o tratos crueles, inhumanos o degradantes, fundamentalmente en espacios de privación de libertad o de personas sujetas al control de agentes del orden público.

Este apartado ofrece una síntesis de los estándares internacionales vinculados con la protección a la integridad psíquica y física de las personas y su expresión normativa en el ordenamiento jurídico interno, con especial énfasis en la garantía de acceso a la justicia. Luego se revisan los casos documentados de denuncias sobre la comisión de actos de tortura por parte de agentes del Estado y las acciones penales correspondientes emprendidas por el INDH desde su instalación (junio de 2010) a la fecha.

DEFINICIÓN INTERNACIONAL DE TORTURA

Los principales instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos contienen cláusulas de prohibición absoluta de la tortura. La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5) mandatan perentoriamente y sin posibilidad de justificación que ninguna persona será sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por su parte, en el derecho internacional humanitario, que regula las obligaciones de las partes beligerantes en tiempos de guerra, también se proscribe de manera completa la práctica de la tortura, incluidos los casos de conflictos armados de carácter no internacional (art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra). Cuando este crimen se comete como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil se lo considera un delito de lesa humanidad (art. 7 Estatuto de Roma).

La definición sobre el crimen de tortura se consagró universalmente a partir de la adopción y entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas

Crueles, Inhumanos o Degradantes[1] (1987). Este instrumento fija los elementos que deben concurrir para estar en presencia de un acto constitutivo de tortura: a) los actos deben ser perpetrados por un/a funcionario/a público u otra persona que esté ejerciendo funciones públicas o que actúe a instigación, con conocimiento o aquiescencia de un/a agente del Estado, b) la conducta debe estar orientada a infligir intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, y c) su finalidad es: i) obtener información o una confesión, ii) castigar a la persona por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, iii) intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o iv) otro motivo basado en cualquier tipo de discriminación[2]. La misma Convención, en su artículo 1º, señala que "[n]o se entenderán por torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas".

A nivel regional, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987)[3] señala que "[s]e entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica" (art. 2). Como se observa en las definiciones ofrecidas por los instrumentos internacionales, la finalidad del acto no se subordina exclusivamente a la obtención de una confesión, o al castigo, pudiendo ser cualquier otro fin el que motive la afectación a la integridad física o psíquica de la persona. Ello es así desde que la enumeración de fines que fijan ambos cuerpos normativos no tienen carácter taxativo.

1 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

2 Art. 1 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

3 Adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985 y entrada en vigor el 28 de febrero de 1987, conforme al artículo 22 de la Convención.

Las obligaciones generales derivadas de estos instrumentos imponen a los Estados, en primer lugar, la necesidad de adecuar la legislación, la institucionalidad y las prácticas nacionales a fin de prohibir la tortura en todo tiempo y lugar, lo que constituye una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*)[4]. Adicionalmente, ante la evidencia o sospecha de haberse perpetrado un acto de esta naturaleza, los Estados tienen la obligación de investigar, identificar a los responsables, sancionar y reparar el daño ocasionado.

La prohibición y las obligaciones antes descritas se extienden a las penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes. La definición de estos conceptos ha sido elaborada cada vez con mayor precisión a lo largo del tiempo por los órganos de control de tratados, la jurisprudencia internacional y la opinión de especialistas, los que han permitido establecer criterios diferenciadores entre un acto de tortura y un trato o pena cruel, inhumano y/o degradante. La Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido ocasión de revisar la diferencia entre estos actos y la tortura asentando una interpretación que ha tenido amplia aceptación[5]. El criterio diferenciador está dado, a juicio de ese tribunal, por la intensidad del sufrimiento padecido por la víctima. En esta misma línea, a nivel del sistema interamericano de derechos humanos, se ha resuelto que "[l]a tortura es una forma agravada de tratamiento inhumano, (…) el criterio esencial para distinguir entre tortura y trato o castigo cruel, inhumano o degradante deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido"[6].

En el año 2005, el ex-relator Especial de Naciones Unidas sobre Tortura, Manfred Nowak, sostuvo frente a la postura de algunos países de relativizar la prohibición absoluta de los

4 Artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

5 Uno de los orígenes de la discusión referida a las diferencias entre los conceptos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes es el conocido caso de Irlanda vs Reino Unido [Corte Europea de Derechos Humanos (ser a), 66 (1978)], donde la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró las cinco técnicas de interrogación como constitutivas de tortura. Sin embargo, luego la Corte Europea estimó que la combinación de las cinco técnicas de interrogación empleadas por el Reino Unido en contra de personas sospechosas de pertenecer al IRA, si bien eran tratos crueles, inhumanos y degradantes, "no ocasionaban sufrimientos de la intensidad y crueldad que se implica con la palabra tortura…" (párr. 167).

6 Comisión IDH, Informe de Fondo Nº 92/05 -Caso 12.418. Michael Gayle vs Jamaica. 24 de octubre de 2005, párr. 62.

tratos crueles, inhumanos y degradantes, e intentar afirmar que algunas técnicas de interrogación no constituían tortura y por consiguiente estaban justificadas para salvar la vida de inocentes, que "[l]os actos que (…) carezcan de intencionalidad o que no hayan sido cometidos con los fines especificados (por el instrumento internacional), pueden constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con arreglo a la [Convención]. Los actos encaminados a humillar a la víctima constituyen un trato o pena degradante aun cuando no hayan infligido dolores graves"[7]. De esta manera y en relación con el ejercicio de la fuerza pública, el ex-relator indicó que "[s]ólo podrá considerarse trato o pena crueles, inhumanos si la fuerza empleada es desproporcionada en relación con los fines que pretende lograr y causa dolores o sufrimientos que lleguen a determinado nivel (…)"[8]. Concluyó el ex-relator que el uso desproporcionado o excesivo de la fuerza equivale a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y siempre está prohibido[9].

La idea de la proporcionalidad, que legitima la acción del agente estatal, desaparece cuando la persona objeto del control deja de estar en condiciones de resistir el uso de la fuerza, es decir, cuando el sujeto es reducido a una situación de indefensión[10]. Dicho de otra manera, el ejercicio de la fuerza está amparado por el derecho en la medida en que ese ejercicio sea proporcional. En caso contrario deviene en trato cruel, inhumano o degradante y se sujeta a la prohibición absoluta que mandata el derecho internacional.

En el caso de la pena cruel, inhumana o degradante, igualmente proscrita, en atención a que toda sanción penal contiene un aspecto y contenido humillante y degradante, la prohibición de la que habla la Convención supone que en su imposición, el castigo se distinga de las penas en general, infligiendo un mayor grado de sufrimiento o crueldad, diferenciándose de esta manera, del elemento común que lleva aparejada la imposición de toda sanción penal (Bergalli, 2006, pág. 60).

7 Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Manfred Nowak. E/CN.4/3006/6, 16 de diciembre de 2005. La distinción entre tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Párr. 35.

8 Ibídem. Párr. 38.

9 Ibídem.

10 Ibídem.

Frente a la evidencia de que los recintos destinados a la privación de libertad representan espacios especialmente propicios para la comisión de actos constitutivos de tortura y otros apremios, en el año 2002, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Este protocolo generó entre otras obligaciones de los Estados partes –caso de Chile desde el año 2009[11]–, el deber de establecer un mecanismo nacional de visitas periódicas a los lugares donde se encuentren personas bajo la custodia y dependencia del Estado para evitar la ocurrencia de actos que entrañen torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Si bien el Estado de Chile, como lo señaló el INDH en su Informe Anual 2012, está en deuda con esa obligación, es posible observar ciertos avances. En diciembre de 2012, el Consejo del INDH[12] aprobó una propuesta de implementación del Mecanismo Nacional, la que fue presentada al Ministerio de Justicia[13]. En ella se sostiene que el INDH está habilitado para asumir las funciones y competencias del Mecanismo Nacional en la medida en que se cumpla con una serie de condiciones, entre las cuales está la de garantizar los principios y requisitos fijados por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[14] y contar con el financiamiento que asegure poder cumplir el mandato. El INDH solicitó para el año 2013 la instalación de una mesa técnica de trabajo entre esta institución y el Ministerio de Justicia con el propósito de revisar todos los aspectos de la propuesta y la adecuación normativa necesaria con el objeto de asegurar la implementación adecuada de conformidad a los estándares y principios establecidos. La referida mesa está compuesta por profesionales de la Unidad de Derechos Humanos y la División Jurídica del Ministerio de Justicia y

11 Decreto Supremo Nº 340, Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial 14 de febrero de 2009.

12 Sesión Ordinaria Nº 136 del Consejo del INDH de fecha 17 de diciembre de 2012.

13 Oficio del INDH Nº 001 de fecha 3 de enero de 2013.

14 Entre estos principios se encuentra: independencia, la autonomía (orgánica, funcional y financiera); estabilidad, mandato amplio de inspección sin autorización previa, inmunidad de sus funcionarios/as, alcance nacional. Cfr. Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile 2012. Págs. 85-89.

profesionales del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Inició su trabajo en el mes de junio de 2013 y se ha abocado a revisar la reglamentación normativa susceptible de modificación para una adecuada implementación del mecanismo nacional de prevención contra la tortura.

Además, en la propuesta presentada al Ministerio se sostuvo que la modalidad de establecimiento, a través de un Decreto Presidencial (ejercicio de la potestad reglamentaria), debe tener un carácter temporal dado que, conforme al Protocolo Facultativo, se debe garantizar que el mandato, sus competencias y atribuciones sean establecidas en forma de texto constitucional o legislativo[15], y contar con el financiamento necesario.

TORMENTOS O APREMIOS ILEGÍTIMOS EN CHILE

La Constitución Política garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y prohíbe "la aplicación de todo apremio ilegítimo" (art. 19 Nº 1 inc. 3). Por su parte, el Código Penal tipifica y sanciona, en el artículo 150 A, el delito de 'apremios ilegítimos', conforme al cual "[e]l empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere en su aplicación, será castigado con las penas de (…)".

El Comité contra la Tortura ha manifestado a Chile su preocupación "[p]or el hecho de que, a pesar de sus recomendaciones anteriores, la definición de tortura en el Estado parte sigue sin estar plenamente en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención"[16]. No obstante el Estado de Chile considera que la definición ofrecida por el Código Penal (art 150 A) responde al concepto contenido en la Convención[17].

Las críticas a la definición ofrecida por el ordenamiento chileno dicen relación, entre otras cosas, con que no explicita el hecho punible como tortura. El Código Penal hace referencia a tormentos y apremios ilegítimos. Por poder prestarse a una interpretación equivocada y ambigua, nuestra legislación debe adoptar los conceptos consolidados en el ámbito del derecho intenacional de los derechos humanos.

Desde el punto de vista del victimario, las normas contenidas en el Código Penal establecen penas distintas para el agente del Estado (art 150 A) y el que no siéndolo cometa igual conducta (Art. 150 B); en el caso de este último se reduce la sanción penal, distinción que la Convención no establece.

En relación con la víctima, de la descripción que ofrece el Código Penal pareciera requerirse que esta se encuentre privada de libertad, en circunstancias que los instrumentos internacionales no establecen tal restricción.

Por último, otra insuficiencia señalada por el Comité contra la Tortura es que el Código Penal solo contempla hipótesis de delito consumado[18], descartando la tentativa[19]. A este respecto, la Convención contra la Tortura señala que los Estados partes deben velar "[p]or que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura" (art. 4).

De ahí que el Comité contra la Tortura inste al Estado de Chile a que adopte "[l]as medidas necesarias para asegurar que todos los actos de tortura aludidos en [la Convención] sean considerados delitos en su legislación penal interna y que se apliquen penas apropiadas en cada caso teniendo presente el grave carácter de estos delitos"[20].

15 El art. 18 Nº 4 del Protocolo Facultativo contra la Tortura señala que "al establecer los mecanismos nacionales de prevención los Estados partes tendrán debidamente en cuenta los Principios relativos al estatuto de las instituciones de promoción y protección de los derechos humanos" Este estatuto son los llamados Principios de París que a su vez obligan a que el mandato debe enunciarse en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia (Principio Nº 2).

16 Comité contra la Tortura CAT/C/CHL/5/ 14 de mayo de 2009.

17 Comité contra la Tortura CAT/C/CHL/5/ 14 de mayo de 2009, párr. 10.

18 Un delito puede estar en uno de estos tres estados de acuerdo al grado de desarrollo del mismo. Consumado, tentado o frustrado. La importancia de la distinción básicamente tiene que ver con que la penalidad se atenúa de acuerdo al grado de consumación. Hay tentativa, dice el art. 7 del Código Penal, cuando el responsable "da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento".

19 Comité contra la Tortura CAT/C/CHL/5/ 14 de mayo de 2009.

20 Comité contra la Tortura, *op. cit.,* parr. 10.

VIOLENCIAS INNECESARIAS Y LA JUSTICIA MILITAR[21]

Si el/la funcionario/a público/a involucrado/a en hechos que lesionan la integridad física o psíquica de una persona pertenece a las Fuerzas Armadas o a Carabineros de Chile, en ese caso existe un delito específico llamado 'violencias innecesarias', sancionado y descrito en el artículo 330 del Código de Justicia Militar, según el cual el "[m]ilitar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado (…). Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado". Se debe advertir que para estos efectos, por expresa disposición de este cuerpo legal, la policía uniformada es considerada 'militar'[22].

Esta definición, por su especificidad y la forma de describir el hecho punible, se aleja del estándar internacional. Esta limita el acto a una acción desarrollada por cierta categoría de agentes o funcionarios públicos (militares), lo circunscribe al ejercicio de una función militar, y se presta a confusiones al referirse a casos de 'violencias innecesarias' si ellas respondieran a motivos racionales, sin especificar que estas violencias bien pudieran ser ataques o lesiones físicas o psíquicas.

En el ordenamiento jurídico chileno coexisten entonces dos normas: la contenida en el Código Penal (art. 150 A sobre Apremios ilegítimos), y la señalada en el Código de Justicia Militar (art. 330 sobre Violencias innecesarias). Frente a esta superposición de normas, los tribunales de justicia y el Ministerio Público, tratándose de hechos en los que pudiera aparecer involucrado personal de Carabineros, han resuelto aplicar el delito contenido en el Código de Justicia Militar y consecuencialmente, entregado el conocimiento de estos hechos a los Tribunales Militares, privilegiando esta jurisdicción.

21 En relación con la justicia militar, ver Informe Anual 2010 y 2011. Si bien el INDH valora la reforma realizada en el año 2010, esta es insuficiente a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.

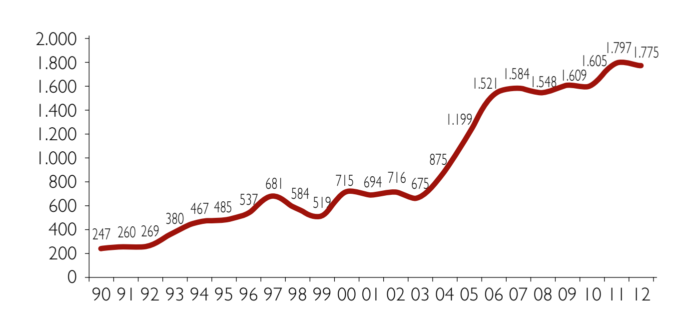
22 Código de Justicia Militar, art. 6.

El asunto tiene importancia puesto que un estudio realizado por el INDH en materia de violencia policial, específicamente en relación con el delito de "violencias innecesarias" en la zona comprendida entre la Región de Coquimbo y Los Lagos, para el período 1990-2012, arrojó cifras preocupantes y un incremento de estas denuncias. En el período analizado se han presentado un total de 20.742 denuncias en las regiones señaladas, con un alza significativa a partir del año 2004. El aumento de estas denuncias entre 1990 y 2012 podría explicarse en el proceso de afianzamiento de la democracia y una creciente confianza en las instituciones del Estado. Adicionalmente, también puede haber incidido el incremento de demandas y movilizaciones sociales, que ha redundado en una mayor presencia de la fuerza policial en el control del orden público[23].

Para el año 2012 se constataron 1.775 denuncias (cerca de cinco denuncias diarias presentadas en contra de Carabineros por violencias innecesarias), todas ellas entregadas al conocimiento de la justicia militar. A ello se agrega que el resultado de las causas en los juzgados militares en el período observado, las tasas de sentencias condenatorias no superan el 1,78% de las denuncias presentadas.

23 Respecto del personal policial lesionado, Carabineros informó que el año 2012 (Oficio Nº 5 de 16 de enero de 2013), hasta el mes de noviembre, hubo 702 carabineros/as lesionados/as en el contexto de control del orden público a nivel nacional. Esta cifra se contrasta con los 2.448 funcionarios/as lesionados/as en 2012 en general. De esta forma el 28% de las lesiones de Carabineros corresponden a operativos de control del orden público. Comparativamente, en 2010 Carabineros informó de 73 funcionarios/as lesionados/as en incidentes de orden público, de un total de 1444 funcionarios/as lesionados (5%). En 2011 hubo 1.115 lesionados/as en labores de control de orden público, de un total de 2111 lesionados/as (52%). Respecto del año 2011, el año 2012 presentó menos lesionados/as de Carabineros, además que la relación entre lesionados/as totales y funcionarios/as lesionados/as en labores de control del orden público disminuyó casi a la mitad, de un 52% a un 28%.

CUADRO 1
NÚMERO DE DENUNCIAS POR VIOLENCIAS INNECESARIAS (1990-2012) ENTRE LA REGIÓN DE COQUIMBO Y LOS LAGOS.



Fuente: Estudio sobre violencia policial y pueblo mapuche en La Araucanía, INDH, 2013.

Con motivo del análisis de la Justicia Militar desde los estándares internacionales de derechos humanos, el INDH ha sostenido en sus Informes Anuales 2010 y 2011, que dicha jurisdicción representa una vulneración a las garantías de acceso a la justicia. En concreto se advierte que son tres los ámbitos de tensión presentes en la legislación penal militar: a) la competencia otorgada a los órganos de la judicatura militar que posibilita el juzgamiento de militares –incluidos carabineros– por hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos, b) la organización y estructura de los tribunales militares en violación a los principios de independencia e imparcialidad, y c) el procedimiento establecido, eminentemente inquisitivo, secreto y escriturado que contraviene garantías del debido proceso. Adicionalmente, el INDH ha planteado que en esta materia el Estado de Chile tiene pendiente dar cabal cumplimiento a la sentencia Palamara Iribarne contra Chile (2005). En la última resolución de cumplimiento de sentencia (2011), la Corte IDH volvió a reiterar que el Estado debe adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar y establecer, a través de su legislación, límites a la competencia de dichos tribunales, de manera tal que ningún civil (sea víctima o responsable de un delito) deba comparecer ante un órgano jurisdiccional militar. Adicionalmente la Corte IDH reiteró que el Estado debe garantizar el debido proceso en dicha jurisdicción[24].

24 Resolución de la Corte IDH de 1 de julio de 2011. Caso Palamara Iribarne vs Chile. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 21.

El INDH expresa su preocupación por resoluciones emanadas de Fiscalías Militares en las que se ha excluido a este Instituto como parte denunciante en procesos en que se investigan hechos relacionados con el delito de violencias innecesarias. Se trata de dos resoluciones. La primera dictada por la Segunda Fiscalía Militar de Concepción (2011)[25] y la segunda dictada por la Fiscalía Militar de Los Ángeles (2013)[26]. Ambas Fiscalías interpretan las disposiciones del Código de Justicia Militar en el sentido de que solamente pueden deducir denuncias y, por lo tanto, comparecer en calidad de parte perjudicada en el proceso militar las personas directamente ofendidas y cónyuges o familiares cercanos de la víctima[27]. Esta interpretación cercena el mandato legal del INDH para interponer acciones penales por el delito de torturas[28]. En cumplimiento al deber de garantía, el Estado está en la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, lo que incluye garantizar el acceso a la justicia a las víctimas. Resoluciones de este tipo restringen dichas garantías.

Las investigaciones eficaces e imparciales tendientes a esclarecer los hechos e identificar a los responsables de violaciones a los derechos humanos constituyen una garantía de no repetición que el Estado debe satisfacer, puesto que como lo ha señalado la Corte IDH "el hecho de no investigar efectivamente los actos de tortura y dejarlos impunes, significa que el Estado ha omitido tomar las medidas efectivas para evitar que actos de esa naturaleza vuelvan a ocurrir en su jurisdicción (...)"[29].

En los casos en que el INDH ha ejercido acción penal a los fines de determinar las eventuales responsabilidades de funcionarios/as de Carabineros en hechos estimados como constitutivos de tortura, ha sustentado las querellas respectivas en lo dispuesto en el Código Penal y consecuencialmente las ha presentado ante los tribunales civiles (Juzgados de Garantía).

25 Segunda Fiscalía Militar de Concepción. Autos Rol Nº 488-2011 de 9 de diciembre de 2012.

26 Fiscalía Militar Santa Bárbara Rol 34-2012.

27 Art. 133 Código de Justicia Militar.

28 Art. 3 Nº 5 Ley Nº 25.500.

29 Corte IDH, caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 91.

Desde noviembre de 2012 hasta octubre de 2013, en tres de las diez causas en las que el INDH ha tenido participación con la finalidad de determinar la eventual responsabilidad de funcionarios/as de la policía uniformada, y en las que los tribunales civiles se han declarado incompetentes a favor de la judicatura militar, se han interpuesto acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad[30] ante el Tribunal Constitucional, respecto de aquellas normas del Código de Justicia Militar que le atribuyen competencia a la justicia de fuero para conocer de estas causas[31]. Todas estas acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se encuentran pendientes de fallo.

No obstante la tendencia mayoritaria a declinar el conocimiento de estos hechos a favor de la judicatura militar, se advierten casos en que los tribunales civiles de justicia han avanzado en la dirección de interpretar las normas de manera de armonizarlas con las obligaciones internacionales del Estado en estas materias. Un ejemplo de estas resoluciones es la dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel con motivo de un recurso de apelación deducido por la Corporación Humanas, ante la resolución del Juez de Garantía de Puente Alto que declinó su competencia a favor de la justicia militar en un caso en que se denunciaban apremios ilegítimos en contra de una niña[32]. La Corte de Apelaciones resolvió (diciembre de 2012) que se debían interpretar las normas de derecho interno de manera que estas no constituyan un obstáculo para la plena vigencia de las garantías que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos[33], revocó la resolución del Juez de Garantía y declaró que la justicia civil es competente para conocer de estos hechos.

Otro caso es la resolución del Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago (julio de 2013) en el que se sostuvo –a propósito de la actuación de Carabineros– que "[c]laramente las cuestiones relacionadas con la mantención del orden público, con la mantención de niveles adecuados de seguridad pública, no pueden considerarse como cuestiones de carácter militar"[34]. En virtud de este razonamiento, el Juez rechazó la solicitud del Ministerio Público de declinar la competencia a favor de la jurisdicción militar y retuvo la competencia para conocer de los hechos. En otro caso, la Jueza de Garantía de Viña del Mar (agosto de 2013) negó la solicitud de un Fiscal Militar, que investigaba un delito de violencias innecesarias, para que un imputado prestara declaración ante la justicia militar. La Jueza consiente que las disposiciones que confieren competencia a la Justicia Militar constituyen "[u]na infracción a las recomendaciones y a las instrucciones impartidas al Estado chileno (Almonacid v/s Chile, Palamara v/s Chile) por los órganos que supervisan la aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos", resuelve poner en conocimiento de los hechos al INDH[35].

30 El objeto de este recurso "es la no aplicación de un precepto legal a una gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial, cuando la aplicación de este precepto resulte contraria a la Constitución" (Vega & Zuñiga, 2006)

31 El Primero de estos recursos (ROL Tribunal Constitucional Nº 2363-2013) se presentó el 30 de noviembre de 2012 y se fundó en que el INDH se querelló por la eventual participación de funcionarios de la 36ª Comisaría de La Florida por el delito de tortura en perjuicio de una niña, a la que se le obligó a desnudarse y realizar ejercicios en presencia de una funcionaria de la Policía. Hecho ocurrido el 23 de agosto de 2012 en el marco de la movilización convocada por la Coordinadora de Estudiantes Secundarios –ACES–. El Tribunal llamado a conocer se declaró incompetente a favor de la Justicia Militar. El segundo requerimiento se interpuso el 8 de enero de 2013 (ROL Tribunal Constitucional 2399-2012), basándose en que el INDH presentó querella en el juzgado de Garantía de Rancagua, por los eventuales delitos de apremios ilegítimos a favor de ocho niños, niñas y adolescentes del Liceo María Luisa Bombal de la ciudad de Rancagua, quienes denuncian haber sido detenidos con violencia al interior del establecimiento educacional y trasladados a una unidad policial donde fueron obligados a desnudarse y realizar bajo amenazas ejercicios físicos. La tercera acción de inaplicabilidad se interpuso el 10 de julio de 2013 (Rol TC 2492-2013). El INDH interpuso querella el ocho de mayo de 2013, ante el juzgado de Garantías de Linares, por el delito de torturas perpetradas en contra de un funcionario de la propia institución de Carabineros que se encontraba de franco y que tuvo participación en un accidente automovilístico. De acuerdo con lo que refiere la víctima, una vez realizadas las actuaciones de rigor es ingresado a la unidad de solteros dependiente de Carabineros donde fue duramente golpeado por otros funcionarios. Ante la gravedad de la golpiza es trasladado al Hospital de Linares donde se le diagnostica Fractura Cervical C6; tetraplejia (lesión medular).

32 Juez de Garantía de Puente Alto. RUC 1210019942-2. 20 de noviembre de 2012.

33 18 de diciembre de 2012. Considerando décimo

34 Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. Audiencia de Incompetencia inhibitoria. RUC 1310018169-4. 22 de julio de 2013.

35 Resolución recaída en los autos RUC 1300046932-1 RIT 590 – 2013, dictada por la jueza de garantía de Viña del Mar, Sra. Valeria Echeverría Vega, de 9 de agosto de 2013.

DENUNCIAS DE TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES EN CHILE

De acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio Público, durante el 2012 se iniciaron 127 investigaciones relacionadas con el delito de apremios ilegítimos. El año 2013 (hasta septiembre) 100 causas se han abierto por este mismo delito[36]. Por su parte, de acuerdo con el estudio realizado por el INDH, hay iniciadas, para el mismo año, 1.775 denuncias de violencias innecesarias en la regiones de Coquimbo a Los Lagos (INDH, 2013). Se trata de cifras preocupantes, que según lo expuesto en el Cuadro Nº 1, por lo menos en relación con carabineros, van en alza.

A partir de la definición y las obligaciones derivadas, en particular, de la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el INDH desde el año 2011 a la fecha ha interpuesto o se ha hecho parte en 25 acciones judiciales en las que se busca determinar la eventual responsabilidad criminal por el delito de torturas utilizando la figura del art. 150 A del Código Penal. Diez de estas acciones se dirigen contra funcionarios/as de Carabineros; ocho contra funcionarios/as de Gendarmería; siete contra miembros de la Policía de Investigaciones.

De las acciones penales intentadas en este período contra funcionarios/as de la policía de Carabineros, cuatro de ellas corresponden a hechos ocurridos en la Región Metropolitana y las seis restantes refieren a situaciones acaecidas en regiones (Concepción; Puerto Montt; Rancagua; Cañete; Temuco y Viña del Mar). Algunos de los casos documentados por el INDH dan cuenta de agresiones graves respecto de sujetos especialmente vulnerables: personas indígenas[37]; indigente con discapacidad mental[38]; niñas, niños y mujeres[39]. Todas estas causas se encuentran en investigación sin personal formalizado o procesado. Dos de estas denuncias refieren a la aplicación injustificada de protocolos de registro que suponen desnudar a jóvenes detenidas infligiéndoles un trato denigrante. Estas formas de registro han incluido la obligación de realizar ejercicios (sentadillas), lo que ha aumentado en las víctimas la sensación de humillación.

En relación con las siete acciones penales dirigidas contra funcionarios/as de la Policía de Investigaciones, cuatro de estas se relacionan con hechos ocurridos en Santiago[40], una en Talcahuano[41], otra en Linares[42] y por último otra en la Comuna de Vicuña[43]. De estas causas, en una se ha decretado prisión preventiva en contra del personal eventualmente involucrado en el delito de tormentos. Se trata de 14 funcionarios de la PDI imputados de conformar una red de corrupción para apropiarse de droga y dinero de personas sospechosas de participar en narcotráfico[44]. Con fecha 18 de octubre de 2012, el Fiscal Jefe de la Fiscalía Local de Pudahuel procedió a formalizar a estos funcionarios por diversos delitos, entre ellos el de apremios ilegítimos (art. 150 A del CP). Los hechos habrían ocurrido en el marco de detenciones y dos allanamientos, calificados por el Ministerio Público como ilegales, llevados a cabo en marzo de 2012. Según el acta de formalización, fueron aprehendidas nueve personas, entre ellas dos mujeres embarazadas, y tres varones. El Ministerio Público sostiene que todos/as fueron objeto de apremios físicos y psicológicos, tanto al momento de

36 Oficio FN Nº 708/2013 de 7 de octubre de 2013.

37 Fiscalía Local de Santa Bárbara RUC Nº 1200038058-8 y en la Fiscalía Militar Rol 34-2012.

38 Fiscalía Sur RUC Nº 1110002808. Actualmente en la II Fiscalía Militar de Santiago Rol 3259-2010.

39 Un caso referido a un niño de 13 años, causa iniciada en la Fiscalía de San Bernardo RUC 1310017097-8. El juzgado de Garantía se declara incompetente y remite antecedentes a Fiscalía Militar de turno. Otro caso que involucra niños y niñas es el de estudiantes de la ciudad de Rancagua, causa iniciada en la Fiscalía de Rancagua RUC Nº 1210036477-6. Fiscalía se declaró incompetente. Otro caso corresponde a una niña que fue desnudada en una comisaría que denuncia trato vejatorio. Fiscalía de La Florida RUC 1210032844-3 Fiscalía se declaró incompetente.

40 Se trata de las causas radicadas en: la Fiscalía Occidente RUC Nº 1200611251-8; Fiscalía Centro Norte RUC Nº 1200435155-8; Fiscalía Centro Norte RUC Nº 1310014510-8 y Fiscalía Local de San Miguel RUC Nº 1300105914-3.

41 Fiscalía de Concepción RUC Nº 1100182720-2.

42 Fiscalía Centro Norte RUC Nº 1200435155-8.

43 Fiscalía de Vicuña RUC Nº 1000279975-3.

44 Fiscalía Occidente Santiago RUC Nº 1200611251-8.

ser aprehendidos/as como en la unidad policial (BRICRIM de Pudahuel), con el objeto de obtener confesiones y proporcionar información relativa a lugares donde habría droga y especies. El Servicio Médico Legal, por su parte, constató en cada uno/a de ellos/as diversas heridas y lesiones como consecuencia de los tratos recibidos[45].

Otro caso que involucra a la Policia de Investigaciones fue el ocurrido el día 30 de abril del año 2013, en las comunidades mapuche de "Trapilwe" y "Mawidanche", sector Quepe, comuna de Freire. En horas de la madrugada, funcionarios de esta repartición procedieron a realizar un allanamiento que afectó a varias familias, con un gran despliegue de efectivos, vehículos motorizados, y sobrevuelo rasante de helicópteros, intimidando y causando pánico en particular en los niños de la comunidad, que a esas horas se encontraban durmiendo, siendo despertados violentamente y encontrándose con que su comunidad estaba siendo allanada. Durante el operativo se vieron afectados muchos miembros de las comunidades, y en especial 12 niños y niñas, y una mujer de 24 años de edad y con seis meses de embarazo. Conforme a los testimonios recabados, los afectados por el allanamiento debieron permanecer largo tiempo esposados frente al resto de sus familias, mientras los afectivos registraban el interior de los hogares, incautando diversas especies. De acuerdo con la información levantada por la organización de la sociedad civil Observatorio Ciudadano, se habría intentado manipular a los niños y niñas para obtener información, a quienes se les ofrecían golosinas, e incluso las linternas que usaban a cambio de que dijeran "[d]ónde se encontraban ocultas las armas"[46], supuestamente existentes en manos de miembros de las comunidades, atentando contra la dignidad e integridad de niñas y niños mapuche[47].

Los hechos derivaron en la presentación de un recurso de amparo por parte de la Defensoría Penal Mapuche en contra de la Policía de Investigaciones[48], en la que se solicitó: "[se] adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho en especial el ordenar e instruir a la Policía que actúe dentro del marco jurídico que la Constitución Política de la República y las leyes les permiten hacerlo".

Dicho recurso de amparo fue acogido el día 6 de julio del año 2013 por la Corte de Apelaciones de Temuco, la que sentenció que : "[e]l despliegue de fuerza realizado por la Policía de Investigaciones confrontado con el objetivo a satisfacer (la detención de tres personas y la ubicación de armas) y el pobre resultado (solo se ubicó un arma de fuego) y, lo que resulta decisivo para esta Corte, la presencia de gran cantidad de niños y niñas indígenas en el lugar en el que se desarrolló la diligencia de investigación permiten a esta Corte concluir que se ha vulnerado y existe riesgo de nuevas vulneraciones a los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual de los recurridos"[49].

Esta situación deja en evidencia la necesidad de establecer protocolos policiales para realizar operativos en el contexto de comunidades indígenas y, en especial, para resguardar los impactos posibles sobre niños y niñas. Este diagnóstico es compartido por UNICEF, que en septiembre de 2012 elaboró el Informe "Procedimientos policiales y Derechos del Niño"[50], en el que deja en evidencia la necesidad de adecuar el actuar policial en el contexto en que estén presentes niños y niñas indígenas.

Las causas penales que involucran a personal de Gendarmería de Chile en las que participa el INDH son ocho. De estas, una de las acciones corresponde a hechos ocurridos en la Región Metropolitana (Puente Alto[51]). El resto de las acciones están referidas a los centros penitenciarios de Puerto Montt[52], dos por hechos ocurridos en la Cárcel de Valdivia[53]; Santa Cruz[54]; Sename Talca[55]; Centro de Cumplimiento

45 Fiscalía Occidente Santiago RUC Nº 1200611251-8. Audiencia de formalización de 18 de octubre de 2012.

46 Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia autos Rol 435-2013, de 6 de julio de 2013, FS. 114.

47 Ibídem.

48 Corte de Apelaciones de Temuco, recurso de amparo Causa Rol Nº 435- 013.

49 Ibídem.

50 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. Procedimientos policiales y derechos del niño. Santiago de Chile, septiembre de 2012.

51 Fiscalía Local de Puente Alto RUC Nº 1310019362-5.

52 Fiscalía de Puerto Montt Ruc Nº 1200435155-8.

53 Fiscalía de Valdivia RUC Nº 1310012073-3 y Fiscalía de Valdivia RUC Nº 1310027416-1.

54 Fiscalía de Santa Cruz RUC Nº 1310016975.

55 Fiscalía Local de Talca RUC Nº 1300487901-K.

Penitenciario Bío Bío[56] y Cauquenes[57]. Todas estas querellas relatan tratos vejatorios y golpizas hacia internos, incluido un caso cuyas víctimas son cuatro niños dependientes del Sename internos en el Centro Cerrado de Talca, quienes habrían sido golpeados por funcionarios de Gendarmería, con el consentimiento del personal del Sename, provocando graves lesiones en ellos[58]. En una de estas causas hay formalización[59]. Se trata del caso de un interno de la cárcel Bonito de Puerto Montt que habría sido agredido por un gendarme por llegar atrasado a la cuenta, quedando con fractura nasal y tres piezas dentales menos.

Un caso ocurrido en enero de 2013 se refiere a un allanamiento practicado en el módulo 31 del recinto penitenciario Llancahue de Valdivia, como consecuencia del cual resultaron lesionados 21 internos. Los denunciantes refieren haber sido objeto de golpizas por parte de funcionarios de Gendarmería, incluida la utilización y mordedura de perros. Con motivo de estos hechos el INDH realizó una visita de observación, constatando lesiones de diversa consideración. Basados en estos antecedentes se interpuso una acción de protección de garantías constitucionales ante la Corte de Apelaciones de Valdivia[60], la que ordenó inmediatamente que personal del Servicio Médico Legal se presentase en el módulo con el objeto de realizar pericias de constatación de lesiones. Además, se designó al Sr. Ministro Darío Carretta Navea para realizar una visita a los internos, el que confirmó los hechos denunciados y el estado en que se encontraban los internos. En mérito de las pericias y la inspección personal de juez, que corroboraron los hechos denunciados, en fallo unánime, la Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso de protección presentado por el INDH.

Ante situaciones de apremios en contra de personas privadas de libertad, y en la búsqueda del restablecimiento del imperio del derecho, se han interpuesto tanto por la Defensoría Penal Pública como por el INDH, acciones de tutela de garantías constitucionales. Uno de estos casos son las acciones de amparo[61] y protección[62] a favor de diez internos del Centro de Cumplimiento Penitenciario Antofagasta, por hechos ocurridos el 15 de noviembre de 2012. Según los testimonios recabados, funcionarios de Gendarmería en el marco de un allanamiento habrían disparado balines directamente al cuerpo de los internos, y propinado golpes de puño, pie y objetos contundentes, además de lanzar gas pimienta a los ojos y cuerpo de los reclusos. Todo ello habría provocado lesiones ostensibles, lo que fue corroborado por la inspección del Juez de Garantía de Antofagasta. La Corte de Apelaciones de Antofagasta concluyó que "[l]a manera de proceder, en este caso específico, en contra de los reclusos, personas humanas que siguen detentando derechos constitucionales, como son el derecho a la vida y la integridad personal entre otros, es sin duda un atentado en contra de estos derechos y de la seguridad individual de las personas que denunciaron, y constituye además un actuar arbitrario de la autoridad estatal, quien procedió de una manera contraria a derecho" [63]. Ambos recursos son acogidos sin que se dedujeran apelaciones ante la Corte Suprema, por lo que la sentencia quedó firme y ejecutoriada.

Otro caso es el verificado en el Centro de Detención Preventiva de la ciudad de Calama, ocurrido en el mes de julio de 2013, por el que la Defensoría Penal Pública presentó una acción de amparo a favor de diez internos. Conforme a las denuncias formuladas, como consecuencia de un allanamiento, sin que mediara provocación alguna, funcionarios de Gendarmería golpearon y dispararon perdigones en contra de los internos provocando lesiones de diversa consideración. La Corte de Apelaciones de Antafogasta sostuvo que "[l]as lesiones constatadas en los informes médicos legales del Servicio Médico Legal de esta ciudad (…), permiten establecer que ha habido una infracción del deber de cuidado y trato digno que pesa sobre Gendarmería de Chile, además de constituir un incumplimiento al artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que las medidas adoptadas

56 Fiscalía Concepción RUC Nº 1310027903-1.

57 Fiscalía Local Cauquenes RUC Nº 1310027219-3.

58 Fiscalía de Talca RUC Nº 1300487901-K. Hechos ocurridos el 13 de mayo de 2013.

59 Fiscalía de Puerto Montt RUC Nº 1200435155-8. Hecho ocurrido el 12 de mayo de 2012 en la Cárcel Alto Bonito de Puerto Montt.

60 Corte de Apelaciones de Valdivia ROL 8-2013.

61 Corte de Apelaciones de Antofagasta. Acción de amparo de garantías constitucionales ROL Nº 49-2012 de 28 de noviembre de 2012.

62 Corte de Apelaciones de Antofagasta. Acción de protección de garantías constituciones ROL Nº 1449-2012, de 7 de diciembre de 2012.

63 Corte de Apelaciones de Antofagasta. Acción de amparo de garantías constitucionales ROL Nº 49-2012, *op. cit.*

exceden a lo racionalmente requerido para la mantención y restablecimiento del orden en el recinto penal que puso en riesgo la salud e integridad física de los internos"[64].

La Defensoría Penal Pública –DPP– ha informado al INDH[65] que desde el año 2011 está en proceso de instalación la Defensoría Penal Pública Penitenciaria, la que busca entre otros objetivos asesorar jurídicamente e interponer acciones de tutela de garantías constitucionales a favor de personas que se encuentran cumpliendo penas privativas de libertad. A la fecha de redacción del presente informe, este programa funciona en las Regiones IV, VIII y Metropolitana, considerando su pronta expansión a las Regiones V y IX.

En atención a que se carece de la figura del juez de ejecución de penas, medidas como la adoptada por la DPP deben ser alentadas y fortalecidas, a los fines de proveer a un sector de la población particularmente vulnerado, las herramientas que le permitan acceder efectivamente a la justicia ante hechos que eventualmente entrañen una violación a los derechos humanos.

Sin perjuicio de las investigaciones judiciales que se lleven a cabo sobre estos hechos, otra medida de control son las investigaciones internas con el objeto de determinar las responsabilidades administrativas y disciplinarias del personal involucrado en eventuales atentados a la integridad de las personas sometidas a su control. Estos controles internos son importantes a la hora de erradicar la impunidad y aumentar la confianza y legitimidad de las instituciones frente a la población. Se requiere el compromiso institucional de los órganos del Estado para prevenir, vigilar, investigar y aplicar las sanciones que corresponden a los abusos o faltas cometidos por su personal. Si ante la evidencia de haberse cometido actos constitutivos de violaciones a los derechos humanos predomina en los órganos del Estado una cultura de defensa corporativa, de secretismo o de impunidad, las investigaciones o medidas que se impulsen desde cualquier otro sector del Estado o desde la ciudadanía para combatir las prácticas reprochables, tenderán a ser ineficaces. En este sentido cabe recordar las prevenciones que hizo la Contraloría General de la República al dictaminar sobre la facultad de los y las funcionarias del INDH para ingresar a los vehículos policiales: "Pues bien, entre los instrumentos internacionales que se vinculan a la materia que interesa, cabe consignar la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, promulgada mediante el decreto Nº 808, de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuyo artículo 11 establece, en lo pertinente, que todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en su territorio, a fin de evitar todo caso de tortura"[66]. Estos controles deben igualmente satisfacer ciertos estándares mínimos[67]. Por un lado, deben ser investigaciones independientes[68]. En segundo lugar, la investigación debe ser capaz de recolectar evidencia y determinar si la conducta del funcionario/a fue ilegítima e identificar a los responsables[69]. En tercer lugar, debe existir la capacidad de dar una pronta respuesta a las personas afectadas, lo que permite reforzar la confianza del público y descartar cualquier apariencia de colusión o tolerancia[70]. En cuarto lugar, los procedimientos y la toma de decisiones deben ser abiertos y transparentes con el fin de asegurar la rendición de cuentas y el escrutinio público[71]. En quinto lugar, se debe permitir a la víctima acceder y participar en el procedimiento en la medida necesaria para salvaguardar sus intereses[72].

64 Corte de Apelaciones de Antofagasta. Acción de amparo de garantías constitucionales ROL Nº 46-2013. Considerando Noveno.

65 Defensoría Penal Pública. OF. DN Nº 754 de 23 de septiembre de 2013.

66 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 058070 de 21 de septiembre de 2012.

67 Consejo de Europa, Programa Conjunto de la Unión Europea y del Consejo de Europa, Complaints against the Police: their handling by the national human rights structures, Workshop Debriefing, 20-21 mayo, San Petersburgo, 2008, pp. 26-34.

68 CrEDH, Caso de Yaremenko v. Ucrania, sentencia de 12 de junio de 2008, párr. 69-70. En el mismo sentido, ver ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, Bélgica, CCPR/C/BEL/CO/5, 16 de noviembre de 2010, párr. 15.

69 CrEDH, Caso de Romanov v. Rusia, sentencia de 24 julio de 2008, párr. 81.

70 CrEDH, Caso de Juozaitiene y Bikulcius v. Lituania, sentencia de 24 abril de 2008, párrs. 88-89 y 93.

71 CrEDH, Casos de Ognyanova v Bulgaria, sentencia de 23 febrero de 2006, párr. 93 y 107; Chitayev v Rusia, sentencia de 18 de enero de 2007, párrs. 163-165.

72 CrEDH, Caso de Nadrosov v. Rusia, sentencia de 31 julio de 2008, párr. 44.

BIBLIOGRAFÍA

Beccaria, C. (1764). *De los delitos y las penas.* Buenos Aires: Aguilar.

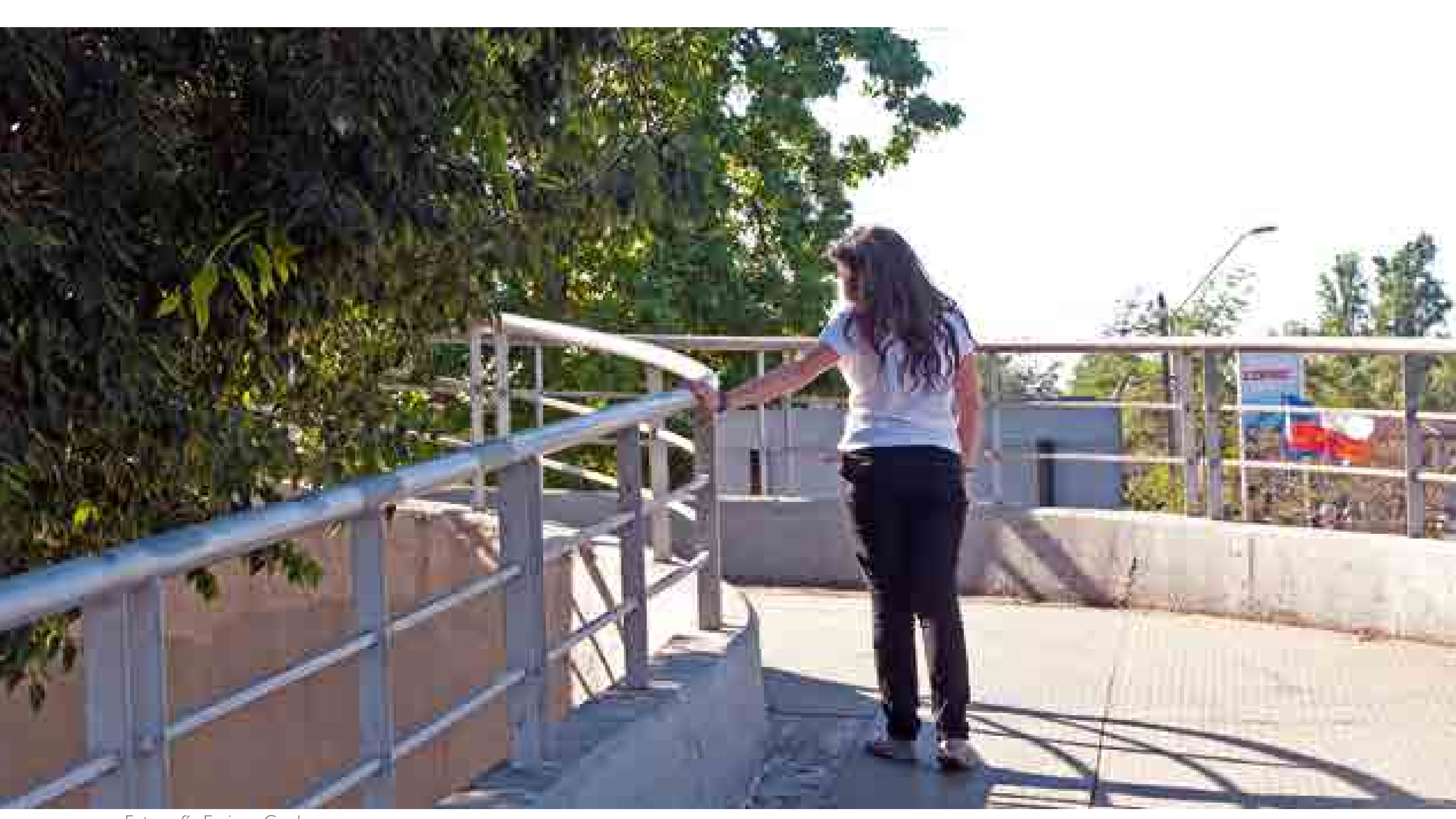
Bergalli, R. (2006). *Torturas y abuso de poder.* Barcelona: Antrophos.

Foucault, M. (2003). *Vigilar y Castigar.* Nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Siglo XXI.

Vega, F., & Zúñiga, F. (2006). El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Teoría y Práctica. *Estudios Constitucionales Universidad de Talca,* 135-174.

2

VIOLENCIA CONTRA NIÑOS Y NIÑAS



Fotografía: Enrique Cerda



VIOLENCIA HACIA NIÑOS Y NIÑAS



ANTECEDENTES

La violencia hacia niños y niñas en Chile es un problema que ha ganado espacio en el debate público durante los últimos años. Sin embargo, tal como ha expresado el INDH en años anteriores, no logra ser abordado en toda su complejidad, pues muchas de sus expresiones permanecen invisibles ante la falta de datos estadísticos, no se encuentran tipificadas como delitos o están profundamente arraigadas en la cultura (INDH, 2011; INDH, 2012).

Casos conocidos en la prensa, entre ellos la red de explotación sexual desbaratada en noviembre de 2012 por la Operación Heidi, en cuya causa penal el INDH presentó un *amicus curiae*[1], y las denuncias de abusos ocurridos en contextos escolares e intrafamiliares –varios de ellos judicializados en la actualidad– han alarmado a la población y puesto la mirada sobre las herramientas disponibles para la detección temprana de vulneraciones a la infancia, sobre todo aquellas de índole sexual ocurridas en establecimientos educacionales. Asimismo, han reabierto el debate, por un lado, sobre la revictimización de niños y niñas durante los procesos de denuncia, investigación y litigio, abonando así a la necesidad de adecuar el sistema de justicia para recabar todos los antecedentes necesarios sin afectar a las víctimas; y por otro, sobre los estándares bajo los cuales son escrutados los relatos de niños y niñas, restándoles credibilidad o validez debido a su nivel de madurez.

En el período se han conocido las denuncias realizadas por el diario electrónico de periodismo investigativo CIPER sobre negligencias y abusos al interior de la red de hogares de SENAME, a partir de los antecedentes generados por el "Proyecto de levantamiento y unificación de información referente a los niños, niñas y adolescentes en sistema residencial en Chile" (conocido como "Comisión Jeldres"), liderado por el Poder Judicial y ejecutado con la colaboración de SENAME y UNICEF. La situación producida llevó a la Comisión Familia de la Cámara de Diputados a citar a sesión especial a los diversos actores y a la conformación de una Comisión Investigadora. De igual manera, se abrió una investigación por parte de la Fiscalía Nacional. Todos estos procesos, destinados a evaluar los hallazgos de la Comisión Jeldres y establecer las responsabilidades administrativas y penales que correspondan[2], se encuentran actualmente en curso. Paralelamente, el Poder Ejecutivo anunció el cierre de cuatro hogares en Arica, Valparaíso, Santiago y Cauquenes (Rodríguez S. , 2013), así como la realización de un Plan de Intervención de todas las residencias (Guerra, 2013).

No obstante, las situaciones contingentes señaladas no son aisladas, sino que forman parte de una realidad develada en 2007 por el Estudio Mundial sobre Violencia hacia los Niños y Niñas desarrollado por Naciones Unidas[3], el cual advirtió que "[e]n contra de las obligaciones que exigen los derechos humanos y de las necesidades de desarrollo de los niños, la violencia contra estos está socialmente consentida en todas las regiones, y frecuentemente es legal y está autorizada por el Estado"[4]. Al respecto, estudios recientes muestran que 7 de cada 10 niños/as en Chile recibe algún

1 Causa RUC N°1200785890-4 y RIT N°630-2013.

2 Oficio Nº 10.854 de la Cámara de Diputados, de 31 de julio de 2013, que crea la Comisión Investigadora.

3 Estudio encargado con arreglo a la resolución 60/231 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2005. Para mayor información, el informe completo se encuentra disponible en: www.unviolencestudy.org

4 Resolución A/61/299, de 29 de agosto de 2006, párr.1.

tipo de violencia de parte de su padre y/o madre, que los niveles de violencia física grave permanecen casi inalterables entre los años 2000 y 2012 –bordeando el 25%– y que la prevalencia del abuso sexual en la población infantil fluctúa entre un 7,3% y 8,7% (UNICEF, 2012; GfK Adimark, 2013). Además, se estima que durante 2011 hubo 4,5 denuncias por hora relacionadas con hechos de violencia hacia niños y niñas (Observatorio Niñez y Adolescencia, 2013), dato que sumado a los anteriores da cuenta del carácter estructural y la naturalización de la violencia hacia la niñez.

Combatir estos problemas ha sido un desafío planteado a Chile por diversas instancias internacionales y nacionales; por ello la revisión de las acciones llevadas a cabo por el Estado cobran relevancia en el presente capítulo.

Este capítulo abordará, desde una mirada amplia, las múltiples formas y contextos en que la violencia se traduce y amenaza la integridad de los niños y niñas de nuestro país[5]; pero centrándose en aquellas manifestaciones fácticas[6] que ocurren al alero de una relación entre una persona adulta y un niño/a. En esta perspectiva, se entenderá por violencia contra niños/as "todas las formas de malos tratos físicos y emocionales, abuso sexual, descuido o negligencia o explotación comercial o de otro tipo, que originen un daño real o potencial para la salud del niño, su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder" (OPS, 2003, pág. 65).

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y NORMATIVA NACIONAL

En el derecho internacional de los derechos humanos, la violencia contra niños y niñas se encuentra prohibida en distintos instrumentos, siendo la Convención de Derechos del Niño la principal fuente de estándares en la materia. Ratificada por Chile en 1990, la Convención de Derechos del Niño (CDN) establece que "[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo"[7].

Lo anterior se complementa con lo señalado en otros dos artículos de la CDN, el primero en relación con "garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo" (art. 2); y el segundo, en función de dar protección a la infancia "contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar" (art. 36).

Frente a cualquier tipo de violencia, la CDN señala que el Estado debe tomar todas las medidas de protección necesarias, entre las que se incluyen "procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial"[8]. Asimismo, la respuesta del Estado debe cautelar la adopción de "todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño"[9].

En el derecho internacional existen normas vinculantes que proscriben formas específicas de violencia hacia niños

5 La Observación General Nº 13 del Comité de Derechos del Niño aborda en extenso esta visión compleja de la violencia hacia niños y niñas. En particular, los párrafos 19 al 32 describen las variadas formas que puede tomar y los diversos contextos en que puede manifestarse.

6 Concepto usado para referirse a la violencia ejercida directamente, ya sea de forma física, verbal o psicológica. Según Johan Galtung, se distingue de otras formas de violencia, menos evidentes, como la de orden cultural y la estructural.

7 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19 Nº1.

8 Ibídem.

9 Ibídem.

y niñas. Por ejemplo, la tortura[10] es abordada en el artículo 37 de la CDN, en cuyo cuerpo se establece que ninguna persona menor de 18 años será sometida a ella ni a ningún trato cruel, inhumano y degradante.

La protección de los niños y niñas contra los abusos sexuales y la explotación sexual también ha sido una preocupación para los organismos internacionales. Al respecto, la CDN y el Convenio Nº 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de la Organización Internacional del Trabajo[11] establecen que los Estados Partes deben tomar todas las medidas necesarias para impedir "a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos"[12], así como eliminar "todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados"[13]. A esto se agregan las obligaciones dadas por el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[14] referidas a la necesidad de tipificar estos delitos en las normas nacionales (art. 3), adoptar las medidas adecuadas para la detección, investigación, enjuiciamiento y castigo de victimarios (art. 10), proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños y niñas víctimas (art. 8), así como aplicar políticas y programas sociales destinados a prevenir estos delitos (art. 9).

Por otra parte, tanto el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños[15], como el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire[16] –ambos complementarios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establecida en el año 2000 en Palermo, Italia– prohíben la trata y el tráfico de niños y niñas. Además de disponer su prohibición e instar a los Estados a la adopción de legislaciones que penalicen la trata y el tráfico de personas[17], ponen especial énfasis en la adopción de medidas de asistencia y protección de las víctimas[18], así como en la generación de mecanismos de prevención, control y seguridad[19].

En el ámbito nacional, la Constitución Política de la República señala que "[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"[20]. En particular sobre temas de violencia, establece "[e]l derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona"[21], la prohibición de "la aplicación de todo apremio ilegítimo"[22], y en último término que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"[23].

Además, en los últimos años Chile ha realizado esfuerzos por perfeccionar el Código Penal[24] y dotarse de leyes que generen nuevas figuras penales y den mayor contenido a las

10 Su prohibición general se encuentra en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

11 Ratificado por Chile el 17 de julio de 2000.

12 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 34.

13 Organización Internacional del Trabajo, Convenio Nº 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, art. 3.

14 Ratificado por Chile el 6 de febrero de 2003.

15 Ratificado por Chile el 29 de noviembre de 2004.

16 Ratificado por Chile el 29 de noviembre de 2004.

17 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, art.5; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, art. 6.

18 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, arts. 6, 7 y 8; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, arts. 16 y 18.

19 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, arts. 9 al 12; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, arts. 10 al 15.

20 Constitución Política de la República, art. 1 inciso 4º.

21 Constitución Política de la República, art. 19 Nº1.

22 Ibídem.

23 Constitución Política de la República, art. 5 inciso 1º.

24 En el ámbito de la violencia física, el Código Penal tipifica las lesiones en sus diversos grados (arts. 395 al 405 bis) y el homicidio, incluido el parricidio y el infanticidio (arts. 390 al 394). La violencia de índole psicológica se encuentra codificada a través de los delitos de amenazas (arts. 296 y 297) y el abandono (arts. 346 al 352). Por su parte, la violencia de carácter sexual se encuentra tipificada a través de los delitos de violación, abuso sexual y otros actos de connotación sexual como la pornografía (arts. 361 a 367 quater).

obligaciones del Estado en relación con hechos de violencia que involucran a niños y niñas. Por ejemplo, la Ley Nº 20.066 de Violencia Intrafamiliar[25] especifica el deber del Estado de adoptar medidas para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, en particular la adopción de "políticas orientadas a prevenir la violencia intrafamiliar, en especial contra la mujer, los adultos mayores y los niños, y a prestar asistencia a las víctimas"[26]. Esto se complementa con la modificación del artículo 234 del Código Civil que toleraba el maltrato físico y psicológico en el marco de la facultad otorgada a los padres de corregir a sus hijos/as[27].

En materia de violencia sexual, el año 2011 fue adoptada la Ley Nº 20.526 que modificó el Código Penal para sancionar el acoso sexual de niños/as, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. En 2012 se promulgó la Ley Nº 20.594 que crea la "inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad"[28] para personas condenadas por delitos sexuales contra niños/as, estableciendo además un registro de dichas inhabilidades. Por su parte, en agosto de 2013 la Ley Nº 20.685 agravó las penas y restringió los beneficios penitenciarios para quienes cometan delitos sexuales contra niños y niñas.

Por último, un hito relevante para la protección de los niños y niñas fue la adopción en 2011 de la Ley Nº 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas –incorporándolos al Código Penal y agravando las penas cuando se trate de personas menores de 18 años– y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Además, a través de una modificación al Código Procesal Penal, estipula la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, en particular de los niños y niñas, facilitando "su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad"[29].

Si bien estos avances son positivos, es importante señalar que el Estado aún tiene pendiente la adopción de una ley de protección integral a la infancia[30] en apego a los principios de la Convención de Derechos del Niño –que modifique o derogue la actual Ley de Menores– y la realización de los rediseños institucionales y de política pública necesarios para cautelar la integridad de la infancia en diversos ámbitos (INDH, 2012).

VIOLENCIA EN EL ESPACIO DE LA FAMILIA Y LAS INSTITUCIONES

En el año 2007 el Comité de Derechos del Niño señaló su preocupación por la situación de nuestro país, en particular, por el hecho de que "no se disponga de estadísticas actualizadas sobre las víctimas de los casos de violencia denunciados, especialmente de violencia sexual y en el seno de la familia, que sea reducido el número de investigaciones y sanciones en relación con esos casos y que sean insuficientes las medidas disponibles de rehabilitación física y psicológica y de reintegración social"[31]. En este marco, el Comité instó al Estado a "a) Reforzar los mecanismos de control del número de casos y el alcance de la violencia, el abuso sexual, el descuido, el maltrato o la explotación contemplados en el artículo 19, en medios como la familia, las escuelas, las instituciones de guarda o entornos de tutela de otro tipo; b) velar por que los profesionales que trabajan con niños (en particular maestros, asistentes sociales, profesionales de la

25 Según el art. 5 de esta norma, la violencia intrafamiliar es "todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar".

26 Ibídem, artículo 3.

27 Esto, a partir del artículo 3 Nº1 de la Ley Nº 20.286 que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley Nº 19.968 de Tribunales de Familia.

28 Ley Nº 20.594 que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades, art. 1. Nº 1.

29 Ley Nº 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, artículo 2.

30 El 30 de abril de 2013 el Poder Ejecutivo presentó el Boletín 8911-18 que establece un proyecto de ley de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

31 Comité Derechos del Niño. Observaciones Finales: Chile. CRC/C/CHL/CO/3, párr. 48.

medicina y miembros de la policía y de la judicatura) reciban formación sobre su obligación de informar a las autoridades competentes y adoptar medidas adecuadas en los casos de presunta violencia en el hogar que afecte a niños; [y] c) reforzar el apoyo a las víctimas de violencia, abuso, descuido y maltrato a fin de garantizar su acceso a servicios adecuados de recuperación y de orientación y apoyo psicológico y otras formas de reintegración"[32].

Respecto del espacio de la familia, un estudio desarrollado por UNICEF muestra significativos niveles de abusos físicos y psicológicos en la población infantil chilena[33]: un 62,2% declara haber sido víctima de violencia psicológica[34] en algún momento de su vida y un 28,2% ha vivido episodios de violencia física grave[35] (UNICEF, en prensa). La medición encargada en 2013 por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública presenta resultados en un sentido similar, constatando que la prevalencia vida[36] de la violencia psicológica asciende 69,5% y la de violencia física grave 25,4% (GfK Adimark, 2013). Por otra parte, cabe señalar que entre los años 2010 y 2012 hubo 55 víctimas de filicidio[37] consumado y 37 intentos frustrados (Rodríguez R. , 2013)

Al examinar las cifras según victimario se observa que a lo largo del ciclo vital de los niños y niñas, el padre ejerce predominantemente violencia psicológica y física grave, mientras que la madre acude mayormente a la violencia física leve. Esto último se relacionaría con patrones culturales que en el contexto de la crianza –ejercida principalmente por la mujer– naturalizan conductas como las cachetadas o palmadas (UNICEF, en prensa).

En el caso de los abusos sexuales, si bien las cifras advierten que la mayoría de la población infantil (9 de cada 10) no estaría expuesta a estas situaciones, su acontecimiento tendría importantes y negativos efectos sobre el desarrollo biopsicosocial de las víctimas (UNICEF, en prensa). Por otra parte, al analizar el contexto de ocurrencia, se observa que este delito afecta preferentemente a las niñas (75%) y sucede por primera vez cuando la víctima tiene entre 8 y 10 años. Además, en un 88,5% de los casos los abusos transcurren en el círculo cercano del niño/a y en el 50,4% se ejercen por algún familiar, principalmente tíos/as (19,4%), primos/as mayores (9,7%), padrastros (7%) y hermanos/as (4,4%). Por último, es importante notar que tres de cada cuatro agresores son hombres (UNICEF, 2012; GfK Adimark, 2013).

Otro estudio desarrollado por la Corporación Opción sobre una muestra de 1.103 niños y niñas víctimas de abuso sexual que se encuentran en proceso de intervención terapéutica en sus centros de protección infantojuvenil (CEPIJ), muestra que la mayoría de los casos son de carácter intrafamiliar (74,3%), donde el principal agresor es el padre biológico (31%), seguido por el conviviente o pareja de la madre (22,9%). Por su parte, la madre constituye la agresora solo en el 2,9% de los casos (Corporación Opción, 2011).

Respecto de las denuncias de estos hechos, otra investigación publicada a partir de los registros de Carabineros muestra que los hechos de violencia que preferentemente se develan son aquellos ejercidos por personas que no forman parte del entorno cercano del niño/a. Mientras que las denuncias de violencia intrafamiliar llegan a 30.430 casos en el período de estudio, la ocurrida fuera de ese espacio alcanza a 62.218 víctimas (Observatorio Niñez y Adolescencia, 2013). Evidencia en un sentido similar es aportada por el estudio de UNICEF: de los niños/as que han sufrido lesiones físicas a causa de la violencia ejercida por sus padres, solo un 10,3% ha interpuesto una denuncia ante Carabineros o algún Juzgado (UNICEF, 2012).

Estos hallazgos en su conjunto permiten afirmar que es necesario seguir instando porque los hogares sean espacios seguros y protectores de los derechos de la infancia, así como para evitar que los hechos de violencia ocurridos en este contexto se mantengan predominantemente como un problema silenciado.

32 Comité Derechos del Niño. Observaciones Finales: Chile, *op. cit.*, párr. 49.

33 Estas cifras corresponden a la "prevalencia vida", es decir, el porcentaje de la población infantil que ha sido víctima de violencia de parte de uno o ambos progenitores en algún momento de su vida (presente o anterior al momento de la medición).

34 Dentro de las conductas calificadas como violencia psicológica se encuentran los gritos, insultos, burlas, amenazas y las manifestaciones verbales de desapego emocional o indolencia.

35 Dentro de las conductas calificadas como violencia grave se encuentran las golpizas (puñetazos, pateaduras o golpes con objetos contundentes), quemaduras, mordeduras y las agresiones con cuchillos y armas.

36 Porcentaje de niños, niñas y adolescentes que declara haber sido víctima de violencia o maltrato alguna vez en su vida por al menos uno de sus padres o por quienes cumplen su rol.

37 Corresponde al asesinato de un niño, niña o adolescente por parte de su padre o madre.

Los jardines infantiles y escuelas han sido espacios particularmente escrutados en 2013, sobre todo en materia de abusos sexuales[38]. Al respecto, los antecedentes provistos por Fundación Integra[39] al INDH dan cuenta de una alta detección de vulneraciones en niños y niñas de su institución, pasando de 2.637 casos en 2010 a 4.093 casos en 2012, los que en su minoría corresponden a investigaciones por abuso sexual (290 en 2010, 466 en 2011, 683 en 2012 y 168 en el primer semestre de 2013) y en su mayoría se asocian a situaciones de negligencia (1.575 en 2012) y maltrato psicológico (1.504 en 2012). Al desagregar estas cifras por contexto de ocurrencia, de acuerdo con las categorías utilizadas por la institución, entre un 17% y un 21% corresponden a vulneraciones intrajardín (es decir, que involucran a un/a funcionario/a como posible agresor/a), mientras el resto de las situaciones detectadas ocurrirían predominantemente en el contexto intrafamiliar (2.104 en 2010, 3.131 en 2011, 2.977 en 2012 y 1.140 en el primer semestre de 2013). Al respecto, la entidad señala poseer políticas para el resguardo del bienestar de los niños/as en sus establecimientos, así como procedimientos especiales para el abordaje de vulneraciones que involucren a sus funcionarios/as, lo que en casos de presunto abuso sexual incluye poner los antecedentes a disposición de la justicia –cumpliendo lo señalado en el art. 175 del Código Procesal Penal– y separar a la persona involucrada de sus funciones. Durante el primer semestre de este año, la Fundación realizó un total de 47 denuncias por vulneraciones intrajardín, de las cuales 37 corresponden a abusos sexuales.

Por su parte, al revisar la actual respuesta del Estado en materia de reparación, se observa que los esfuerzos se canalizan principalmente a través de SENAME, servicio que forma parte de la Red de Asistencia a Víctimas (RAV) y que dentro de su oferta programática contempla un Programa Reparatorio en Maltrato (PRM). A estos programas acceden los niños y niñas víctimas de maltrato físico o psicológico grave constitutivo de delito[40] y/o agresión sexual, que han realizado la denuncia en la Fiscalía y han sido derivados por dicha entidad o los Tribunales de Justicia para obtener una terapia personalizada y resignificar el daño recibido. De acuerdo con datos de la entidad, al 30 de junio existían un total de 102 centros de reparación, los que ejecutan sus actividades mediante subvención del Estado y cubren a 8.652 niños y niñas en todas las regiones del país (SENAME, 2013). Complementariamente, y desde una perspectiva preventiva, el Ministerio de Educación publicó en marzo de este año el documento "Orientaciones ante situaciones de maltrato y abuso sexual infantil", que en el marco del Programa Escuela Segura brinda recomendaciones para la generación de protocolos de acción en los establecimientos educacionales.

El INDH valora, tal como señalara en su Informe Complementario al Sexto Informe del Estado de Chile ante el Comité de Derechos Humanos, el ingreso a tramitación del proyecto de ley que modifica la institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile[41] así como la presentación de la iniciativa legal para la protección de los derechos de niños y niñas[42], los que en su conjunto permitirán al Congreso Nacional legislar para dar garantía a los derechos de la infancia acorde a la Convención de Derechos del Niño.

En cualquier caso, aun cuando el aumento de las denuncias es un signo de la visibilidad de estos problemas, es importante recalcar la existencia de una cifra indeterminada en torno a la violencia que afecta a los niños y niñas –tanto en sus hogares como en las instituciones que los acogen– correspondiente a los casos que no se denuncian. Esto es particularmente relevante no solo porque la denuncia constituye la puerta de entrada a las terapias reparatorias proporcionadas por el Estado, sino también porque permite

38 Respecto del resto de las instituciones consultadas, al cierre de este informe ni la Junta Nacional de Jardines Infantiles, el Ministerio de Educación ni la Superintendencia de Educación proveyeron la información solicitada formalmente vía oficio.

39 Oficio s/n del Director Ejecutivo de Fundación Integra, de fecha 3 de septiembre de 2013.

40 De acuerdo con la legislación vigente, el maltrato psicológico solo es constitutivo de delito cuando ocurre en situaciones de violencia intrafamiliar (VIF). Para mayor información consultar los arts. 5 y 14 de la Ley Nº 20.066 de Violencia Intrafamiliar.

41 Boletín 8487-07 del 02 de agosto de 2012, que Suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos Servicios de atención a la infancia y adolescencia. A la fecha de redacción de este Informe, este proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso Nacional.

42 Boletín 8911-18 del 30 de abril de 2013, Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. A la fecha de redacción de este Informe, este proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso Nacional.

acceder a la justicia. Sin embargo, los antecedentes proporcionados por el Ministerio Público[43] muestran que de las 15.906 denuncias por delitos sexuales recibidas entre enero y agosto de 2013, la mayoría (58,33%) es archivada y solo un 10,81% obtiene una sentencia condenatoria. Situación similar se observa en las denuncias por delitos de lesiones, lo que constituye un reto en materia de justicia para niños y niñas víctimas de violencia. Por su parte, los datos aportados por la Corporación Administrativa del Poder Judicial al INDH[44] señalan que de las 5.802 causas penales por delitos sexuales terminadas entre enero y agosto de 2013, en 1.143 de ellas se obtuvo una sentencia condenatoria.

Cabe mencionar, por otra parte, que el INDH ha estado atento al uso de la fuerza policial frente a niños y niñas. Esta preocupación se ha hecho manifiesta tanto respecto del ejercicio del derecho de manifestación pública como de la coerción aplicada por las fuerzas policiales a niños y niñas indígenas[45] (INDH, 2012; INDH, 2011).

EXPLOTACIÓN SEXUAL DE NIÑOS Y NIÑAS

La explotación sexual, entendida como "aquella actividad en que un adulto utiliza a una persona menor de 18 años con propósitos sexuales a cambio de dinero o de algunos favores como amparo o protección"[46], es un tipo de vulneración que ha sido catalogada como una práctica análoga a la esclavitud y el trabajo forzoso en tanto se trata de un extremo abuso de poder hacia un niño o niña y su reducción a mercancía (OIT, 2007a; Ministerio de Justicia, 2012). A partir de esta definición, en la actualidad se reconocen cuatro modalidades de explotación sexual infantil: i) las relaciones sexuales a cambio de dinero, regalos, favores y otros; ii) la utilización de niños, niñas y adolescentes en la pornografía y espectáculos sexuales; iii) el turismo sexual; y iv) la trata con fines de explotación sexual comercial (ONG Raíces y ECPAT International, 2010).

El estudio desarrollado por SENAME y la Organización Internacional del Trabajo en 2003, única cifra oficial que posee el Estado, estimó que esta forma de violencia estaba presente en Chile y afectaba en ese momento a 3.719 niños y niñas. Sin embargo, las características subterráneas del fenómeno y los cambios sociodemográficos experimentados por el país en los últimos años hacen sospechar a las autoridades y las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el tema que la magnitud del problema es mucho mayor. Esta expectativa está asentada en la tolerancia social hacia algunas de las formas que toma la explotación sexual en nuestro país, la falsa idea del consentimiento infantil y la minimización de los hechos por involucrar una compensación, todo lo cual ayuda a impedir la detección de casos y minimizar las denuncias (ONG Raíces y ECPAT International, 2012).

Al respecto, es importante recordar que sobre estas materias el Comité de Derechos del Niño, en la revisión realizada a Chile en 2007, recomendó al Estado que "a) Armonice plenamente la legislación con las obligaciones internacionales que le imponen la Convención y el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; b) Realice nuevos estudios exhaustivos de la explotación sexual de niños y el turismo sexual a fin de determinar su alcance y sus causas originarias y hacer posible una vigilancia eficaz y la adopción de medidas para prevenir, combatir y erradicar el problema; c) Ponga en marcha un plan de acción nacional coordinado contra la explotación sexual y el tráfico de niños, teniendo en cuenta la Declaración y el Programa de Acción y el Compromiso Mundial aprobados en los Congresos Mundiales contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños de 1996 y 2001; d) Destine nuevos recursos a la labor de prevención y sensibilización; e) Siga brindando asistencia y programas de reinserción a los niños víctimas de la explotación sexual o del tráfico; f) Imparta formación a los agentes del orden, los asistentes sociales y los fiscales para que puedan recibir, vigilar e investigar los casos y llevar adelante las acciones judiciales de un modo adaptado a la infancia que respete la intimidad de la víctima; g) Se asegure del cumplimiento de

43 Oficio Nº 708 del Ministerio Público de Chile, de fecha 7 de octubre de 2013.

44 Oficio Nº 17 DDI-6522 del Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, de fecha 15 de octubre de 2013.

45 Ver Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia Rol Nº 1136-2011, de 21 de diciembre de 2011. Recurso de Amparo a favor de Felipe Marillán Morales.

46 Definición utilizada en el Marco para la Acción Contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, junio 2000.

la ley para evitar la impunidad; h) Pida más asistencia técnica al UNICEF y la OIT/IPEC, entre otras entidades"[47].

Para hacer frente a la explotación sexual infantil, en los últimos años el Estado –principalmente a través del Ministerio de Justicia y SENAME– ha emprendido acciones tendientes a sensibilizar a la población y generar conocimiento en torno a este problema, detectar casos y brindar atención especializada a las víctimas. Al respecto, es importante señalar el establecimiento en 2010 del Observatorio Nacional sobre Explotación Sexual Comercial Infantil, que reúne tanto a servicios públicos como ONG que realizan trabajo territorial. En la actualidad, esta instancia está a cargo del monitoreo del Segundo Marco para la Acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA) establecido para el período 2012-2014, cuyo objetivo es fortalecer las estrategias de prevención y la atención integral de niños, niñas y adolescentes víctimas[48]. Para ello, los organismos públicos, internacionales y representantes de organizaciones de la sociedad civil que intervienen en el combate de la ESCNNA han acordado desarrollar las siguientes acciones coordinadas: i) actualizar el diagnóstico sobre la situación de la explotación en Chile; ii) reforzar las estrategias de sensibilización sobre la explotación, incluyendo mecanismos para la prevención; iii) fortalecer las capacidades técnicas institucionales y las acciones formativas especializadas que permitan prevenir y restituir los derechos vulnerados; iv) incentivar la detección temprana, la derivación y la atención oportuna de las víctimas; v) potenciar procesos de denuncia, de investigación específica y coordinación entre los distintos actores y sectores involucrados; vi) contribuir con un sistema eficiente de registro acerca de niños, niñas y adolescentes identificados en explotación, el respectivo proceso de intervención y su egreso; vii) fortalecer los modelos y las intervenciones técnicas especializadas a víctimas; y viii) contribuir a las adecuaciones normativas y prácticas jurídico-legales relacionadas con la sanción al cliente y la protección de víctimas (Ministerio de Justicia, 2012).

Además de lo anterior, actualmente se da atención a través de 16 proyectos especializados en explotación sexual (PEE) instalados en 10 regiones del país, ejecutados con organismos de la sociedad civil acreditados y subvencionados a través de SENAME. En las zonas no cubiertas por este tipo de oferta, las víctimas son ingresadas a los programas de intervención integral especializada (PIE)[49]. Según lo reportado por SENAME, entre enero y junio de este año fue atendido un total de 1.029 víctimas en los programas reparatorios de explotación sexual, en su mayoría niñas de entre 12 y 17 años (SENAME, 2013).

Si bien las modalidades de explotación sexual infantil más frecuentemente detectadas corresponden a las relaciones sexuales remuneradas y la trata (OIT, 2007b), el turismo sexual está abriéndose camino en Chile, sobre todo en aquellos lugares que por razones económicas y laborales han aumentado su población flotante (ONG Raíces y ECPAT International, 2012). Al respecto, una acción relevante es la realizada por SERNATUR, entidad que en 2012 actualizó las normas de certificación de la calidad hotelera[50], incorporando un ítem que obliga a los operadores a adoptar políticas y/o medidas contra la explotación sexual infantil y mantener a su personal capacitado al respecto[51].

Por último, es necesario destacar la reciente elaboración, por parte de SENAME, de un protocolo de actuación en caso de detectar situaciones de ESCNNA en proyectos de la red de protección de derechos del Estado, el que contribuye a interrumpir situaciones identificadas y dar protección a las víctimas. Esto, sumado a la continuidad de la campaña "No hay excusas", y la realización junto a Corporación Opción de la estrategia comunicacional "Juntos digámosle NO a la pornografía infantil", permiten dar mayor visibilidad a esta problemática y favorecer la concientización sobre las diversas formas en que la explotación se cristaliza.

47 Comité Derechos del Niño. Observaciones Finales, *op. cit.*, párr. 70.

48 Oficio Nº 6783 del Ministerio de Justicia, de fecha 27 de septiembre de 2013.

49 Oficio Nº 6783 del Ministerio de Justicia, de fecha 27 de septiembre de 2013.

50 Las normas modificadas son las siguientes: NCH 2912 (hotel), NCH 2980 (apart hotel), NCH 2948 (camping o recintos de campamento), NCH 3009 (lodge) y NCH 3285 (hotel boutique).

51 Oficio Nº 794 del Servicio Nacional de Turismo, de fecha 27 de septiembre de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

Corporación Opción. (2011). *Estadísticas de ingresados a proyectos CEPIJ en 10 comunas del país*. Santiago.

GfK Adimark. (julio de 2013). *Informe Final. Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales 2012.* Santiago de Chile: Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Obtenido de http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/Presentacion%20VIF_adimark_final.pdf

Guerra, A. M. (10 de julio de 2013). Ministra de Justicia anuncia intervención a todos los hogares de menores del país. La Segunda, pág. 2.

INDH. (2011). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (2012). *Informe Anual 2012 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Ministerio de Justicia. (2012). *Segundo marco para la acción contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes 2012-2014.* Santiago.

Observatorio Niñez y Adolescencia. (2013). *Primer Informe Observatorio Niñez y Adolescencia: Violencia contra niños, niñas y adolescentes.* Santiago.

OIT. (2007a). *Directrices para el diseño de estrategias de acción directa para combatir la explotación sexual comercial infantil.* Ginebra.

OIT. (2007b). *La demanda en la explotación sexual comercial de adolescentes: El caso de Chile.* Santiago.

ONG Raíces y ECPAT International. (2010). *Manifestaciones locales de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en Chile. Dinámicas, espacios y género.* Santiago.

ONG Raíces y ECPAT International. (2012). *Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo y viajes: claves para comprender el fenómeno en Chile. Investigación exploratoria cualitativa.* Santiago.

OPS. (2003). *Informe mundial sobre la violencia y la salud.* Washington D.C.

Rodríguez, R. (marzo de 2013). Filicidio en Chile. Incidencia estadística y análisis de las denuncias sobre muertes de niños, niñas y adolescentes a manos de sus padres entre los años 2010 a 2012. *Revista Jurídica del Ministerio Público*(54), 177-195.

Rodríguez, S. (10 de julio de 2013). Sename anuncia el cierre de cuatro centros de menores. *La Tercera,* pág. 10.

SENAME. (2013). *Boletín Estadístico Anual de los niños/as y adolescentes vigentes en la Red SENAME. Protección de derechos y primera infancia. Segundo trimestre 2013.* Obtenido de http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/2013/2/BE_DEPRODE_201306.pdf

UNICEF. (2012). *4º Estudio de Maltrato Infantil.* Santiago.

UNICEF. (en prensa). *Cuarto Estudio de Maltrato Infantil y Relaciones Familiares. Informe Final.* Santiago..



VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Fotografía: Kena Lorenzini



VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES



ANTECEDENTES

En materia de violencia contra las mujeres, desde comienzos de los años noventa, el Estado ha legislado e implementado políticas públicas con el objeto de prevenir su ocurrencia, investigar y sancionar a los agresores, y atender y reparar a las víctimas[1]. El principal esfuerzo ha estado puesto en erradicar la violencia intrafamiliar, donde se ha concentrado la acción de varias reparticiones públicas[2] y del aparato de justicia.

En julio de 2013, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública junto con SERNAM y SENAME dieron a conocer los resultados de la Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales, aplicada en 2012. En todas las regiones del país se entrevistó a mujeres entre 15 y 65 años, y niños y niñas que asisten a cursos de 6º básico a 4º medio de zonas urbanas del país. Del total de mujeres encuestadas, el 31,9% declaró haber sufrido alguna forma de violencia alguna vez en la vida; a su vez, 15,4% de ellas fue víctima de alguna forma de violencia intrafamiliar general en los últimos 12 meses y en estos hechos la mayor prevalencia (11,4%) proviene de parejas o exparejas (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2013). En 2008, en una encuesta similar, 36% de las mujeres declaró haber sufrido alguna forma de violencia de parte de sus parejas o exparejas (Ministerio del Interior, 2008). Las encuestas tienen diferencias metodológicas[3]; sin embargo, no escapa el hecho que en las dos investigaciones al menos un tercio de las mujeres que habitan Chile ha vivido violencia en el espacio de la familia, en proporción importante, de parte de su pareja o expareja.

Entre 2008 y 2012, de acuerdo con cifras de SERNAM, se estima que se produjeron 263 femicidios; hasta octubre de 2013 se han producido 31 femicidios más[4]. Para el mismo período, la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres estima que los homicidios por razones de violencia contra las mujeres ascienden a 271 a los que se agregan 38 hasta agosto de 2013[5]. Se incluyen en este dato los femicidios que se producen en el contexto de las relaciones afectivas de las víctimas (parejas exparejas, pololos y expololos, que son los contabilizados por SERNAM), y aquellos que ocurren en el ámbito público (vecindario, vía pública), muchos de los cuales involucran violencia sexual (Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009).

Tanto SERNAM como el Ministerio Público han señalado que el número de femicidios ha descendido en los últimos años, lo que estaría dando cuenta de los resultados de las políticas implementadas (Circuito Nacional de Femicidio, 2013) (Ministerio Público, 2012). Las organizaciones de mujeres han rechazado este acercamiento al problema porque

1 Entre otras medidas: reforma del título de delitos sexuales en el Código Penal (Ley Nº 19.617 de 1999), ley que sanciona el acoso sexual (Ley Nº 20.005 de 2005), ley de Violencia Intrafamiliar (Ley Nº 20.066 de 2005 que reforma la Ley Nº 19.325 de 1994), nuevo plazo para la prescripción de los delitos sexuales que afecten a menores de 18 años (Ley Nº 20.207 de 2007), creación de los Tribunales de Familia (Ley Nº 19.968 de 2004) y su reforzamiento (Ley Nº 20.286), incorporación del femicidio al código penal (Ley Nº 20.480), tipificación de la trata de personas (Ley Nº 20.507 de 2011). En materia de políticas públicas, implementación de Centros de la Mujer y Casas de Acogida para proteger a las mujeres y sus hijos/as en riesgo vital, detección y atención de la violencia intrafamiliar a nivel de la atención primaria y especializada de salud, y primera atención a la violencia sexual en las emergencias de varios hospitales del país que incluye el acceso a anticoncepción de emergencia. Se han abierto programas para atención de agresores.

2 Entre estas, SERNAM, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de Salud, Carabineros.

3 La empresa Adimark encargada de realizar la encuesta en 2012 indicó que los estudios de 2007 y el actual no son comparables en sus resultados, debido a: cambios en el encabezado de las preguntas de victimización por tipo de violencia, con el objetivo de definir de mejor manera al agresor en ambos casos; incrementos en la muestra para hacerla representativa a nivel nacional y regional; focalización en la población objetivo, en los segmentos más vulnerables niños/as y mujeres; y reestructuración del cuestionario. (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2013)

4 Ver www.sernam.cl

5 Ver www.nomasviolenciacontramujeres.cl

reduce el enfoque a un asunto cuantitativo y elude la ausencia de políticas integrales que permitan avances sustantivos en la erradicación de la violencia contra las mujeres[6]. Agregan las organizaciones que tampoco se considera en esta evaluación que el número de femicidios frustrados: 82 en 2012 según datos de SERNAM (Circuito Nacional de Femicidio, 2013).

Si bien resulta prematuro establecer una tendencia, corresponde analizar si el Estado cumple con su deber de actuar con la diligencia debida –esto es: prevenir, investigar y sancionar– ante la violencia contra las mujeres, y en particular, respecto de los casos que conoce la justicia o son detectados a través de otras reparticiones públicas como consultorios de salud o establecimientos educativos. Desde esta obligación de garantía, resulta preocupante constatar que un 23% de las mujeres asesinadas entre 2010 y 2012 había realizado denuncias o presentado querellas anteriores y 19% de los victimarios había sido denunciado por otras víctimas o tenía condena previa por violencia intrafamiliar (VIF). Respecto de los 82 femicidios frustrados en 2012, 35% de las víctimas había presentado denuncia y 7,3% contaba con medidas de protección (Circuito Nacional de Femicidio, 2013). Respecto de los 34 femicidios que el Ministerio Público informa ocurridos en 2012, 44% de las víctimas había presentado denuncia contra su agresor (Ministerio Público, 2012).

En 2012, el Comité de la Convención para la Erradicación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (CEDAW) expresó al Estado su preocupación por "la efectividad de las medidas adoptadas para prevenir los femicidios" (párr. 20) y recomendó "[e]studiar todos los casos de femicidios a fin de aumentar la eficacia de las medidas de protección para las mujeres víctimas de la violencia doméstica" (párr. 21 c)[7]. Durante el año 2013 la opinión pública conoció el caso de KS (por sus iniciales), quien mató a su pareja tras 18 años de recibir violencia física, psicológica y sexual. El Tribunal Oral de Puente Alto la absolvió del delito de parricidio argumentando que la mujer había actuado en un estado de necesidad exculpante, causal incorporada en la ley de femicidio y aplicada por primera vez en un proceso judicial.

Este año el INDH no pone su foco en el aumento o disminución de las denuncias de violencia contra las mujeres. Más bien, en este capítulo examina la diligencia debida que corresponde al Estado en materia de violencia contra las mujeres y se revisa el caso de KS (por sus iniciales)[8], como un ejemplo paradigmático que permite acercarse a las debilidades en la administración de justicia y en la política pública que requieren subsanarse para prevenir el femicidio y la ocurrencia de estos casos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La violencia contra las mujeres ha sido materia de preocupación de la comunidad de derechos humanos desde hace varias décadas. Entre los hitos que marcan el reconocimiento de la violencia de género como un problema de derechos humanos destacan la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia de Derechos Humanos de 1993, que aboga por la eliminación de la violencia contra ellas; la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas de 1993; la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia de la Mujer en Beijing de 1995; la Resolución 1325 de Naciones Unidas sobre Mujer, Paz y Seguridad adoptada en el año 2000 y, más recientemente, la resolución de la Asamblea General dirigida al Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer de diciembre de 2010.

La CEDAW, ratificada por Chile en 1989, no contiene disposiciones específicas sobre violencia contra las mujeres. Sin embargo, el Comité que vigila el cumplimiento de la Convención ha señalado que "[l]a violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no" (párr. 6) y "[l]a violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce por la mujer

6 http://www.observatoriogeneroyliderazgo.cl/index.php/las-noticias/7078-expertas-cuestionan-informe-de-fiscalia-y-advierten-dura-realidad-del-femicidio-en-chile

7 Comité de la Convención para la Eliminación de las Formas de Discriminación hacia la Mujer. CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 24 de octubre de 2012.

8 Tribunal Oral de Puente Alto. Contra KS por parricidio. Causa Ruc 1101060685-5, RIT 166-2012.

de sus derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de convenios específicos de derechos humanos, constituye discriminación, tal como se entiende en el artículo 1 de la Convención…"(párr. 7).

A nivel interamericano se dispone de un instrumento específico, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también conocida como Belém do Pará), ratificada por Chile en 1998, que define por tal "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 1), que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal o en la comunidad, y sea perpetrada por cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra (art. 2 a, b y c). La Convención dispone como deberes del Estado condenar "todas las formas de violencia contra la mujer y conviene(n) en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;…"(art. 7). En consecuencia, el Estado debe adoptar, en forma progresiva, medidas y programas para, entre otros aspectos, modificar patrones socioculturales que se basen en la premisa de la inferioridad de las mujeres o en los papeles estereotipados de género que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer; suministrar servicios especializados apropiados para la atención necesaria a las víctimas; y garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios (art. 8).

La Corte IDH, en su sentencia sobre los femicidios de Ciudad Juárez (también conocida como "Campo algodonero"), estableció que el Estado compromete su obligación de garantía cuando no actúa con la diligencia debida para prevenir la afectación del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las víctimas. La Corte indicó que la obligación de garantía "implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder político, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[9]. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, investigar las que se hayan cometido, sancionar a quienes sean responsables y reparar a las víctimas.

En materia de violencia contra las mujeres, la Corte IDH también expresó que "[l]os Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará"[10].

En ese mismo sentido, la CEDAW, en su recomendación general 19 sobre la violencia contra las mujeres, estableció que "los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas".

9 Corte IDH. Caso González y otras (campo algodonero) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 236.

10 Ibídem, párr. 258.

PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y DILIGENCIA DEBIDA FRENTE A SU OCURRENCIA

El caso de KS es un ejemplo paradigmático que permite hacer visibles las debilidades y falencias que aún tiene la respuesta del Estado en relación con la violencia contra las mujeres de parte de sus parejas. Durante 18 años, KS fue objeto de violencia extrema por parte de su marido Claudio Reyes. El 17 de octubre de 2011 lo mató de un disparo en la cabeza mientras él dormía. Luego de esto, llamó a Carabineros y se entregó. El Ministerio Público solicitó al Tribunal Oral de Puente Alto que la sancionara por el delito de parricidio consumado y pidió para ella la pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo.

En enero de 2013, luego de 14 meses privada de libertad, KS fue absuelta por el Tribunal Oral de Puente Alto. Por primera vez se aplicó la circunstancia incorporada por la ley de Femicidio (Ley N° 20.480), que exime de responsabilidad penal a quien "obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar; 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo; 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita; 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa" (art 10 núm. 11 del Código Penal). El 27 de marzo, la Corte de Apelaciones de San Miguel acogió el recurso de nulidad presentado por la Fiscalía Sur y ordenó la realización de un nuevo juicio. Finalmente, en junio de este año, el Tribunal determinó por unanimidad que: "los hechos se subsumen en el tipo penal de parricidio, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal; no obstante ello, el tribunal ha determinado, por unanimidad de sus miembros, que la acusada [KS] actuó bajo la exculpante de estado de necesidad, prevista en el artículo 10 n° 11 del Código Penal, no siendo posible reprochar penalmente su conducta"[11].

11 Ver: www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_noticias.php?cod=5369&opc_menu=&opc_item=

El caso de KS movilizó a muchas organizaciones de mujeres bajo la consigna "Justicia para [KS]". Se exigió que se reparara a la víctima haciendo justicia y dejándola en libertad y se señaló que su caso muestra las falencias del actuar del Estado considerando el nivel de violencia que vivió durante tantos años (Observatorio de Genero y Equidad, 2013). En tal sentido se pronunció, entre otras, la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, el Observatorio de Equidad y Género y Amnistía Internacional.

El INDH valora la sentencia del Tribunal y la aplicación del estado de necesidad exculpante, que fue incorporada en la ley de femicidio precisamente para atender situaciones como las que enfrentó KS, que incurren en delito para defenderse de su agresor en circunstancias que no caben dentro de la legítima defensa. En su fallo, el Tribunal recoge el argumento que en el debate legislativo del entonces proyecto de ley de femicidio sustentó la incorporación de esta eximente de responsabilidad penal: "…en la legislación chilena sólo constituye un eximente cuando se obra violentado por una fuerza irresistible, entendiéndose siempre ésta como una fuerza de tipo física. Sin embargo, primeramente la doctrina y después en forma parcial la jurisprudencia han desarrollado el concepto de fuerza moral irresistible; ésta está referida a que a una persona no se le puede exigir más allá de lo que el común de la gente es capaz de soportar. Cuando se ha traspasado esta barrera, es decir, cuando el hechor o una tercera persona han sido víctima de servicias por parte del occiso, en especial si estas servicias (sic) revisten el carácter de tortura permanente, debe entonces operar la eximente… En consecuencia, por la violencia intrafamiliar que antecede a la comisión de un homicidio de parentesco en doctrina denominado parricidio y específicamente uxoricidio o femicidio, según fuere el caso, constituye un imperativo de equidad establecer una adecuación de agravantes en concordancia con la calificante del homicidio, respecto de quien ejerce la violencia intrafamiliar o servicias (sic); de igual manera una atenuante que por sus especiales características, requiere se le dé el carácter de una circunstancia extraordinaria de atenuación para quien da muerte, siendo víctima de violencia intrafamiliar o servicias (sic); sin perjuicio de las eximentes o atenuantes generales que correspondan conforme a derecho, respecto de las cuales,

se hacen las respectivas precisiones jurídicas"[12]. Concluyó el Tribunal Oral de Puente Alto que "se encuentra fehacientemente establecido que se busca con esta causal, incorporar una eximente para la mujer que comete homicidio a su agresor, en contexto de violencia intrafamiliar brutal"[13].

El Tribunal examinó si las circunstancias de KS cumplían con los requisitos que exige la eximente. Respecto de "la inminencia del mal que se trata de evitar", se da cuenta de 18 años continuados de violencia y del temor de la víctima en razón de las reiteradas agresiones contra ella y contra su hijo. Los peritajes constatan "un mínimo de 64 lesiones, concordante con el relato de la víctima en el sentido que muchas de ellas tienen un patrón característico morfológico de lesiones causadas por los elementos que dice ser agredida, elementos contundentes que pueden haber sido palos, varillas, correas o elementos de morfología similar… De los exámenes de personas vivas, no había tenido oportunidad de ver personas con tantas lesiones, sí lo había hecho en caso de homicidio y accidentes de tránsito cuando practica una autopsia pese a que por su experiencia, ha atendido a miles de personas vivas ya sea en clínica, en Servicio Médico Legal, en el sistema antiguo y actual"[14].

Respecto del requisito "que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo", el Tribunal estimó que "en este caso particular no se trataba de cualquier violencia intrafamiliar, ni de cualquier agresor, por ello no podía denunciar –que hubiese sido lo esperable– ya que incluso le pegaba estando en la cárcel, tenía detenciones por robo y quedaba en libertad, lo cual en la lógica de KS Cisternas, el hacer una denuncia por los hechos que le ocurrían, iba a quedar nuevamente libre"[15]. A pesar de tener antecedentes penales, cuatro órdenes de detención del Juzgado de Garantía de Ovalle y una condena por el delito de robo con intimidación, Claudio Reyes tenía autorización para portar un arma y tenía una inscrita desde el año 2000.

12 Moción refundida de los señores diputados Jorge Burgos, Guillermo Ceroni, Alvaro Escobar, María Antonieta Saa, Alejandra Sepúlveda, Laura Soto, Raúl Sunico de fecha 5 de septiembre de 2007 (Cuenta en Sesión 73, Legislatura 355, página 24) citado en el fallo del Tribunal Oral de Puente Alto.

13 Tribunal Oral de Puente Alto. Contra KS por parricidio. Causa Ruc 1101060685-5, RIT 166-2012.

14 Ibídem.

15 Ibídem.

En relación con el requisito de "que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita", el Tribunal acreditó la pauta de evaluación de riesgo vital aplicada el día en que KS mata a su agresor y un mes después: "Lo cierto que con estas pautas, cuyos valores y criterios son de toda lógica e incluso de sentido común, se pueden desprender de ellas el peligro que corría la vida de [KS] y la de sus hijos cuyos argumentos ya fueron analizados en la sentencia"[16]. Finalmente, respecto del requisito de "que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa", el Tribunal consideró que KS "no está obligada a que su pareja la agreda, violente y llegue a terminar con su vida ni con la de sus hijos"[17].

La revisión del caso muestra que en distintos momentos durante los 18 años de violencia, KS recurrió a servicios de salud y hospitales en razón de los golpes, cortes y quebraduras sufridas[18], en varias ocasiones pidió ayuda a los padres de Claudio Reyes, varias vecinas y conocidos/as de la pareja conocían de la violencia de Reyes y habían sido testigos/as de agresiones en contra de KS, y Carabineros acudió ante una denuncia de VIF interpuesta por una vecina. En ninguna de estas ocasiones se abrió para la víctima la posibilidad de recibir la protección del Estado que le permitiera salir de la relación de violencia.

Aun cuando el Estado se ha dotado de varias medidas para detectar a las mujeres que viven violencia, entre estas los tamizajes que se hacen en los servicios de salud, pareciera que lo único que realmente activa el sistema de protección

16 Ibídem.

17 Ibídem.

18 Ibídem. "Oficio Nº 00086824-05-12, del Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río, donde informa que los datos de atención de años anteriores no figuran en sistema, dada la antigüedad, pero informa que en el año 2008, con fecha 5 de junio 2008, la acusada es atendida por consulta obstétrica y posteriormente el mismo día consulta por golpe en cara, atendida en urgencia adulto (dental) y en el año 2006 es atendida en urgencia adulto por TEC, documentos que ciertamente dan sentido al relato de la acusada y al resto de la prueba –pericial y testimonial– en cuanto a los golpes sufridos, en la cabeza –atención dental y TEC– al menos desde el año 2006. En este sentido, la defensa acompañó Dato de atención de SAPU, respecto de la imputada, de fecha 22 de noviembre del año 2004, 23:21 horas, pronóstico médico leve, equimosis múltiples en ambos brazos, piernas y glúteos 48 horas evolución, violencia intrafamiliar. Constancia a carabineros control asistente social. Alcoholemia sobrio".

es la interposición de la denuncia. Sin embargo, se conoce que las mujeres tardan muchos años o pasan por varios episodios de violencia antes de recurrir a una comisaría o a un tribunal (SERNAM). El número de denuncias no ha aumentado sustancialmente, a pesar de los reiterados mensajes de las autoridades. Entre 2008 y 2012, los casos policiales por violencia intrafamiliar mantienen una tendencia al alza[19], aun cuando esta muestra incrementos menores que los registrados en años anteriores[20]. El primer semestre de 2013, la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública registra 60.770 casos. Respecto de las víctimas, las mujeres representan todos los años más del 80% de las situaciones denunciadas. Esta afectación a las mujeres está también presente en los delitos sexuales: 86% en violaciones, 82% abusos sexuales y 91% en "otros delitos sexuales" entre los que se incluyen estupro, incesto y pornografía[21].

Denuncias VIF	2008	2009	2010	2011	2012
País	133.917	141.221	137.177	155.113	144.987

Fuente: Subsecretaría de Prevención del Delito. Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

La propia encuesta de victimización realizada por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y SERNAM, antes mencionada, muestra que solo 36% de las mujeres que sufrieron violencia física, 27% de las afectadas por violencia psicológica y 12% de las que vivió violencia sexual realizaron denuncias. Más desalentador aún, 41% de las primeras, 50% de las segundas y 67% de las terceras desistieron del proceso. Al indagar sobre las razones para no denunciar, se obtuvo lo siguiente:

- De las mujeres que declaran haber sufrido violencia psicológica, 34,5% no denunció porque no cree que fue algo serio y no lo considera necesario; para el 12,5%, las cosas mejoraron; y el 11,9% no cree que denunciar sirva y/o había denunciado y no pasó nada.
- En el caso de aquellas que han sufrido violencia física, 24,5% no denunció por miedo; 14,3% porque dijo que las cosas mejoraron; y 12,7% no lo hizo por temor a que no se le creyera ante la falta de testigos.
- De las mujeres que sufrieron violencia sexual, 40% no denunció porque sintió vergüenza de contar sobre su situación; 12,5% estimó que no fue algo serio y no lo consideró necesario; y para 5,6%, las cosas mejoraron (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2013).

Los resultados hasta ahora conocidos de la encuesta no explicitan las razones que tuvieron las que denunciaron para desistirse del proceso. Sin embargo, la revisión del número de casos judicializados y sus términos pueden aportar algunos elementos respecto de prácticas de los operadores de justicia que deben ser revisadas. El número de casos ingresados a la Fiscalía aumentó 154% en cinco años, de 54.000 el año 2007 a 137.296 el año 2012 (Ministerio Público, 2012). En el primer semestre de 2013 se registraron 72.279 ingresos, lo que indica que se mantiene la tendencia ascendente registrada en años anteriores, como también los delitos que concentran los mayores ingresos: lesiones (48,7%), amenazas (39,7%) y maltrato habitual (6,8%). Sin embargo, la proporción de salidas no judiciales sigue siendo alta –39,4% en 2012 y 37,8% en el primer semestre de 2013– y la relación entre sentencias condenatorias y suspensiones condicionales de la sentencia se mantiene: en 2012, 8,2% y 44,3% respectivamente; en 2013, 8,5% y 43,2%. El INDH ha advertido en informes anteriores que esto marca un tipo de procesamiento judicial que resulta preocupante porque indica que un número importante de casos no llega a los tribunales de justicia –todos aquellos que terminan en salidas no judiciales– y de los que llegan, parte sustancial concluye con una suspensión condicional en la cual la víctima no tiene voz (INDH, 2011). El uso excesivo de este recurso por parte de la Fiscalía ha sido observado por el profesor Guillermo Piedrabuena, quien fuera el primer Fiscal Nacional: "Observamos con preocupación que en la práctica del sistema se haya generalizado la tendencia a estimar que es suficiente el acuerdo entre el fiscal y el imputado para suspender el procedimiento y que al juez solo le competa aprobar dicho acuerdo" (Piedrabuena, 2013). Preocupa al ex-fiscal Nacional que las suspensiones condicionales hayan aumentado de 7% –a inicios de la re-

19 Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. La estadística corresponde a casos policiales que incluye denuncia y flagrancia. En: www.seguridadpublica.gov.cl/delitos_de_violencia_intrafamiliar.html

20 De acuerdo con los datos de la Subsecretaría de Prevención del Delito, entre 2005 y 2008 las denuncias pasaron de 95.484 a 133.918, en tendencia siempre creciente.

21 Ibídem.

forma procesal penal– a 17% en 2013, según datos del Ministerio Público. Como referido anteriormente, en el caso de la violencia contra las mujeres, la aplicación de esta medida está muy por encima del promedio señalado.

De los femicidios ocurridos en 2012, en aquellos que hubo denuncia "se observa que 8 de los 15 casos han terminado a través de términos facultativos en causas anteriores por lesiones y amenazas que no prosperaron debido al desistimiento o retractación de la víctima; sin embargo, esta es una característica de las causas VIF que no debe obstar para que actores del sistema penal como de la red de atención a la mujer o de salud intervengan para interrumpir el maltrato y los abusos desde sus respectivos encuadres o modelos de intervención" (Ministerio Público, 2012)[22].

El caso de KS muestra que, a pesar de la legislación y la política pública, se requiere que el Estado llegue a tiempo, actúe con suficiente vigor cuando detecta situaciones de violencia contra las mujeres y prevenga de manera efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

Circuito Nacional de Femicidio. (2013). *Informe Circuito Femicidio. Año 2012.* Santiago: SERNAM, SENAME, Ministerio del Interior, Carabineros de Chile.

Corporación Humanas (17 de enero de 2013). *Tribunal aplica por primera vez eximente en caso de KS, reconociendo su calidad de víctima de violencia contra la mujer.* Recuperado el 26 de septiembre de 2013, de Corporación Humanas: http://www.humanas.cl/?p=11593

INDH. (2011). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2011.* Santiago.

Ministerio del Interior. (2008). *Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales 2008.* Santiago.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (2013). *Primeros resultados: "Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales".* Santiago.

Ministerio Público. (2012). *Informe sobre Muerte de Mujeres, Ley de Femicidio Nº20.480 y Ley de Violencia Intrafamiliar Nº20.066, año 2012.* Santiago.

Observatorio de Género y Equidad (28 de marzo de 2013). *Súmate a la campaña: Justicia para KS.* Recuperado el 27 de octubre de 2013, de Observatorio de Género y Equidad: http://www.observatoriogeneroyliderazgo.cl/index.php/las-noticias/6875-sumate-a-la-campana-justicia-para-karina-sepulveda

Piedrabuena, G. (26 de septiembre de 2013). Suspensión condicional y atribuciones de la judicatura. *El Mercurio*, pág. A2.

Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual. (2009). *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto.* Santiago.

Rodríguez, S. (27 de octubre de 2013). Alta tasa de denuncias en victimas de femicidios revela debilidad del sistema. *La Tercera,* pág. 12.

SERNAM. (s.f.). *Las 42-cosas-que-debes-saber-sobre-violencia-intrafamiliar.* Recuperado el 30 de septiembre de 2013, de sernam.cl: http://sernam.cl/portal/index.php/las-42-cosas-que-debes-saber-sobre-violencia-intrafamiliar

22 Según información de prensa, 45,2% de la victimas de femicidio en 2013 había presentado denuncia; 26,5% en 2012 y 37,5% en 2011 (Rodriguez, 2013)

4

Ejercicio de derechos sin discriminación

1. Personas privadas de libertad y reinserción social
2. Derechos de las personas jóvenes
3. Pueblos indígenas en contextos urbanos
4. Derechos de las personas migrantes
5. Derechos de las personas trans

1

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN SOCIAL



Fotografía: Enrique Cerda



1

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN SOCIAL

ANTECEDENTES

Chile es de los países de la región que cuenta con tasas más altas de encarcelamiento de personas (International Centre for Prison Studies)[1]. Los estudios muestran que la prisión, como herramienta principal de lucha contra la delincuencia, no es una política eficaz, y además contribuye al deterioro de los vínculos de las personas privadas de libertad, en la medida en que los aísla aún más del contexto social que podría darles eventualmente un espacio de integración, formación y desarrollo (Wacquant, 2012; Wacquant, 2010; Comfort, 2008).

Uno de los ámbitos de especial relevancia de cualquier política pública que persiga disminuir la delincuencia callejera a corto, mediano y largo plazo, dice relación con las oportunidades de reinserción social de las personas privadas de libertad, a los fines de que al salir de prisión puedan buscar un trabajo y rearmar sus vidas con mayores y mejores herramientas. En este sentido, la Comisión IDH ha señalado que "[R]esulta fundamental que la privación de libertad tenga objetivos bien determinados, que no puedan ser excedidos por la actividad de las autoridades penitenciarias ni aún bajo el manto de poder disciplinario que les compete y, por tanto, el recluso no deberá ser marginado ni discriminado sino reinsertado en la sociedad. En otras palabras, la práctica penitenciaria deberá cumplir un principio básico: no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta representa. Esto es, que el preso deberá ser tratado humanamente, con toda la magnitud de la dignidad de su persona, al tiempo que el sistema debe procurar su reinserción social" (Comisión IDH, 2011).

Las condiciones de flagrante deterioro de las cárceles en Chile son motivo de preocupación permanente del INDH, el que ha realizado desde su instalación en el año 2010, diversas acciones a los fines de monitorear las condiciones carcelarias y promover el respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Un nuevo ejemplo de este deterioro fue el incendio ocurrido en la cárcel de Quillota el 13 de agosto de 2013, el cual dejó a 24 internos heridos y consumió varios módulos del penal, recordando la tragedia de San Miguel y la urgencia de una modernización del sistema penitenciario. Dicho incidente dejó en evidencia nuevamente la situación de hacinamiento que afecta a ciertos recintos carcelarios, así como también la necesidad de cambios estructurales que permitan otorgar una debida protección a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, y a los de las personas que trabajan en el sistema penitenciario.

En este contexto se deben destacar los esfuerzos realizados por el Ministerio de Justicia, que en mayo de 2013 dio lugar a la primera sesión del Consejo para la Nueva Política Penitenciaria, en el cual la Ministra Patricia Pérez realizó un balance de la gestión de modernización de Gendarmería y presentó la nueva perspectiva adoptada por el Ministerio, la cual tiene como directriz "el respeto de los DDHH de las personas privadas de libertad, la disminución de la sobrepoblación en las cárceles y el esfuerzo por incorporar programas laborales y educativos al interior de los recintos penitenciarios"[2]. A ello se suman los cambios desarrollados por Gendarmería de Chile, destacándose los programas y

1 De acuerdo con cifras del 2011, la tasa es de 305 personas por cada 100.000 habitantes.

2 Sesionó por primera vez en el año el Consejo para la Nueva Política Penitenciaria, www.minjusticia.gob.cl/n1238_22-05-2013.html

planes de capacitación y especialización para funcionarios/as implementados por la recientemente creada Unidad de Derechos Humanos.

En años anteriores, el INDH revisó algunos aspectos de la situación de las personas privadas de libertad, en particular sobre condiciones carcelarias (INDH, 2011). Este año se analizan las medidas orientadas a la reinserción en la sociedad de las personas privadas de libertad. Para ello se hará una revisión de los principales estándares internacionales y de los programas de reinserción desarrollados por el Estado de Chile.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y NORMATIVA NACIONAL

Diversos tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vinculantes para el Estado de Chile consagran normas específicas respecto de las obligaciones en materia de reinserción y rehabilitación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra, en su artículo 10.3, que "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". Lo señalado supone la obligación para el Estado de adoptar medidas necesarias para asegurar la reincorporación de la persona privada de libertad a la sociedad y a su comunidad. Esta norma se ve reforzada por lo establecido en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las cuales establecen directrices para una buena organización penitenciaria y un tratamiento respetuoso y digno para los encarcelados/as[3]. Destacan particularmente en materia de reinserción y rehabilitación las reglas consagradas entre los números 58 y 61 que reproducen el fin de las medidas privativas de libertad y el régimen aplicable. En particular, la regla 58 dice relación con la justificación de la medida privativa de libertad indicando como fin último el "proteger a la sociedad contra el crimen". En efecto, la norma destaca la necesidad de prevenir la reincidencia en el delito como una manera de garantizar la seguridad social. Luego, la regla 59 señala específicamente que, en el marco de un régimen penitenciario, se deben considerar las necesidades de los individuos y brindar un tratamiento particular a través de diversos medios de asistencia, los cuales pueden ser de carácter "curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza…". Por su parte, la regla 60.2 hace referencia directa al deber del Estado en torno a garantizar un retorno progresivo a la vida en sociedad y la importancia de desarrollar una intervención durante el cumplimiento de la pena con el fin de preparar el retorno al medio libre. La regla 61 destaca la necesidad de desarrollar una política de rehabilitación en la cual participen diversos actores, aludiendo al principio de cooperación entre organismos de la comunidad y los establecimientos penitenciarios. A ello se suma el rol de apoyo que cabe a la familia de la persona privada de libertad, el cual deberá ser propiciado por el recinto penitenciario a través de los trabajadores sociales.

A las reglas descritas se suman los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas[4]. Específicamente el Principio XIII referente a la educación y actividades culturales señala que "Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, la cual será accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales. (…) Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes (…) a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad".

Respecto de la situación particular de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas, el Convenio 169 (OIT) establece en el artículo 10: "Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales".

3 Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

4 Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

En la medida en que la sanción penal tiene como fin lograr la reinserción social de las personas, el Estado debería contemplar planes de reinserción que observen la etnicidad del sujeto con el fin de diseñar e implementar un programa que considere las implicancias culturales, lo que no existe a la fecha.

Por su parte, la Constitución Política de la República consagra normas sobre aspectos esenciales de la privación de libertad, mas no contiene referencia directa a la reinserción o rehabilitación de las personas condenadas[5]. Por su parte, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile señala en su artículo 1 que "Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley". De la misma forma el Reglamento de establecimientos penitenciarios, en su artículo 10, determina los principios que rigen la organización de los recintos carcelarios, destacando en el ámbito de reinserción y rehabilitación el consagrado en la letra b) que indica que "el desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados"[6].

Antes de abordar la situación a nivel nacional es necesario precisar algunos conceptos. Si bien se suelen utilizar los términos reinserción y rehabilitación indistintamente, incluso como sinónimos, cada uno de ellos alude a distintos tipos de intervención con diferentes propósitos, en los cuales se aprecian diversas conceptualizaciones a nivel doctrinario.

La reinserción social ha sido definida como "Un proceso sistemático de acciones que se inician desde el ingreso de una persona a la cárcel y continúan con posterioridad a su retorno a la vida libre. Este proceso busca incidir en la mayor cantidad de factores individuales y sociales que puedan haber colaborado con el involucramiento de una persona en actividades delictuales. La reinserción cumple con los objetivos de favorecer la integración del ex recluso a la sociedad y de mejorar la seguridad pública"[7]. Existen diversas concepciones sobre qué debe entenderse por la palabra "reinserción". A nivel doctrinario se afirma que "en la literatura se encuentra que el concepto puede, al menos, tener tres sentidos: uno de corte valórico que remite a la necesidad de insertar y aceptar en la sociedad libre, a una persona que ha infringido la ley; otro que habla de prestaciones de servicios que permitan a los exreclusos acceder a facilidades sociales en su regreso a la comunidad; y un tercero que da cuenta de un proceso dinámico bidireccional en que la persona regresa a la vida en libertad, al mismo tiempo que la sociedad (entendida como un conglomerado de agencias públicas, privadas y sociedad civil) facilita dicho proceso. En un intento por integrar las diferentes nociones, por reinserción puede entenderse tanto el sentido social de integración a la sociedad de personas que han infringido la ley, así como las prácticas que lo facilitan y las instituciones y personas que inciden y participan en ella" (Villagra Pincheira, 2008). Por su parte, en relación con el concepto de rehabilitación, la doctrina afirma que "cuando se aplica al contexto criminal el término debería utilizarse solo para situaciones como la rehabilitación respecto de un consumo de drogas, por ejemplo. De modo contrario, su uso amplio e indiferenciado alude, finalmente, a la idea positivista de criminal como sinónimo de enfermo social al que se debe rehabilitar para volver normal" (Villagra Pincheira, 2008).

Así, el concepto de reinserción no debe analizarse en forma aislada, dado que uno de sus principales propósitos se refiere a evitar la reincidencia delictiva, y de esa forma alcanzar la seguridad pública. El nexo entre reinserción y reincidencia no es lineal: "la reincidencia delictiva –en tanto indicador mayoritariamente utilizado para la evaluación de estrategias de reinserción– ha demostrado ser un factor complejo, multicausal y multivariado. (…) En la medida que el diseño de estrategias de reinserción sea una labor planificada, estructurada y participativa, aumentan las probabilidades de éxito en la obtención de logros en el mediano y largo plazo" (Villagra Pincheira, 2008). Cabe entonces destacar la necesidad de

5 Algunas Constituciones contienen referencias expresas a la finalidad de las penas privativas de libertad. Por ejemplo: Constitución de la República Oriental del Uruguay, art.26; Constitución del Perú art. 139.22; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos art. 18.

6 Decreto 528 de 21 de agosto de 1998, última modificación de 20 de diciembre de 2011.

7 Sistematización de la experiencia año 2012, Mesa de trabajo intersectorial por la reinserción social y laboral de personas que infringen la ley penal.

establecer lineamientos claros para los programas de reinserción, con una institucionalidad adecuada, una participación integral de los diferentes actores de la comunidad y adecuada para las distintas etapas del proceso.

SITUACIÓN NACIONAL: SISTEMAS Y PROGRAMAS DE INTERVENCIÓN

Los programas de reinserción y rehabilitación son desarrollados por la Subdirección Técnica de Gendarmería que "tiene su énfasis enfocado en contribuir a mejorar la gestión penitenciaria, a través de una efectiva reinserción social de los infractores de ley, mejorando de esta forma los índices de reincidencia, comprometiendo un trato digno de las personas privadas de libertad y en el respeto y promoción de los derechos humanos" (GENCHI, 2012). La Subdirección está integrada por subdepartamentos y unidades, estas son: el Departamento de Reinserción al Sistema Abierto, el Departamento de Reinserción al sistema cerrado, el Departamento Post Penitenciario, el Departamento de Monitoreo Telemático, la Unidad de Protección y Promoción de los derechos humanos y la Unidad de estadísticas. Cada uno de los departamentos tiene a su cargo la implementación de determinados programas según el sistema al cual se encuentre sujeto el interno/a.

En la práctica, que sea Gendarmería la institución encargada de los programas de reinserción ha sido cuestionado por diversas razones (Droppelmann, 2012). Por una parte, la principal función de Gendarmería es garantizar la seguridad al interior de los recintos carcelarios, quedando relegada a un segundo plano su función resocializadora; por otra, desde un punto de vista presupuestario y de infraestructura, se prioriza enfrentar situaciones de seguridad y hacinamiento en desmedro de políticas y programas de resocialización. Conforme a lo señalado en la Memoria 2012 de la Subdirección Técnica de Gendarmería sobre Programas y Acciones de Reinserción, el presupuesto asignado a los programas de rehabilitación y reinserción social fue de M$9.354.733 que representan el 3,48% del presupuesto total de Gendarmería[8]; el presupuesto ejecutado ascendió a M$10.269.363. En efecto, la asignación presupuestaria en esta materia representa una cifra marginal del presupuesto de la institución. El presupuesto asignado el año 2012 financió la ejecución de nueve programas de reinserción (seis con la base presupuestaria y tres con presupuesto adicional). A lo anterior se suman también aportes externos provenientes de convenios de colaboración con otras instituciones estatales, como el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE), el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) y el Servicio Nacional de Menores (SENAME). Adicionalmente, el Ministerio de Educación (MINEDUC), el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA) y el Instituto Nacional del Deporte (IND) ejecutan labores vinculadas a la reinserción y rehabilitación.

DEPARTAMENTO DE REINSERCIÓN AL SISTEMA ABIERTO

Este departamento tiene a su cargo el control y gestión de los programas de atención y asistencia de las personas condenadas que están sujetas a algunas de las formas de cumplimiento consagradas en la Ley N° 18.216 sobre "medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad", normativa vigente desde 1983 que fue modificada el año 2012 por la Ley N° 20.603. La normativa señalada contempla seis penas sustitutivas a la privación de libertad: i) la remisión condicional, ii) la reclusión parcial, iii) la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, iv) la libertad vigilada, v) la libertad vigilada intensiva y vi) la expulsión. Si bien la ley se encuentra vigente, para que tenga una implementación efectiva y las personas puedan acceder a las penas sustitutivas de la prisión es necesaria la modificación del reglamento que regula la implementación de la Ley N° 18.216. Esta modificación es urgente, pues la Ley N° 20.603 establece penas más favorables para las personas privadas de libertad que las actualmente existentes, lo que permitiría cumplir con el mandato constitucional de aplicar la ley que favorezca a la persona afectada por el proceso penal, aunque haya sido promulgada con posterioridad a los hechos que originaron la condena.

El sistema abierto contempla diversos programas que son ejecutados a través de los centros de reinserción social. Entre ellos se distinguen el de Libertad Vigilada de Adulto

8 El Presupuesto total ascendió a la suma de M$268.349.506

(LVA), el de intervención especializada a ofensores sexuales, uno dirigido a condenados por violencia contra su pareja en contexto intrafamiliar, y programas de capacitación laboral y nivelación de estudios sumados a la colocación laboral de trabajo dependiente e independiente.

La cantidad de personas privadas de libertad que potencialmente se vería beneficiada con las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, según un estimado elaborado por Gendarmería para los próximos cuatro años, sería:

CUADRO 1
CANTIDAD DE PERSONAS QUE PODRÍA PRESTAR SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

REGIÓN	PROYECCIÓN PSBC			
	2013	2014	2015	2016
Arica Parinacota	140	104	99	100
Tarapacá	199	122	106	99
Antofagasta	524	351	338	347
Atacama	150	99	96	99
Coquimbo	203	143	139	145
Valparaíso	779	626	645	689
O'Higgins	269	213	210	213
Maule	443	325	321	332
Biobío	411	318	320	335
La Araucanía	139	103	97	94
Los Ríos	128	112	113	119
Los Lagos	253	196	199	209
Aysén	51	38	35	35
Magallanes	292	203	202	211
Metropolitana	2.076	1.562	1.583	1.667
Total Nacional	**6.055**	**4.515**	**4.504**	**4.695**

Nota: promedio por año (modelo con artículo 12).
Fuente: Gendarmería de Chile, Oficio N°1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

CUADRO 2
CANTIDAD DE PERSONAS QUE PODRÍA BENEFICIARSE CON RECLUSIÓN PARCIAL

REGIÓN	RECLUSIÓN PARCIAL			
	2013	2014	2015	2016
Arica Parinacota	149	104	99	100
Tarapacá	16	122	106	99
Antofagasta	395	351	338	347
Atacama	129	99	96	99
Coquimbo	231	143	139	145
Valparaíso	565	626	645	689
O'Higgins	585	213	210	213
Maule	489	325	321	332
Biobío	501	318	320	335
La Araucanía	503	103	97	94
Los Ríos	152	112	113	119
Los Lagos	291	196	199	209
Aysén	72	38	35	35
Magallanes	96	203	202	211
Metropolitana	2.149	1.562	1.583	1.667
Total Nacional	**6.323**	**6.670**	**7.021**	**7.370**

Nota: promedio por año de internos condenados vigentes a una fecha de corte, provenientes de reclusión nocturna.

Fuente: Gendarmería de Chile, Oficio N°1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

CUADRO 3
CANTIDAD DE PERSONAS QUE PODRÍA BENEFICIARSE CON LIBERTAD VIGILADA

REGIÓN	LIBERTAD VIGILADA			
	2013	2014	2015	2016
Arica Parinacota	12	12	12	12
Tarapacá	12	14	17	19
Antofagasta	158	178	196	217
Atacama	31	33	36	38
Coquimbo	119	129	139	149
Valparaíso	206	224	245	264
O'Higgins	149	164	179	194
Maule	137	149	161	172
Biobío	163	183	198	214
La Araucanía	85	95	105	115
Los Ríos	1	1	2	2
Los Lagos	31	32	33	33
Aysén	7	8	10	11
Magallanes	19	19	19	19
Metropolitana	683	766	849	933
Total Nacional	**1.813**	**2.007**	**2.201**	**2.392**

Nota: promedio por año, población que pasaría a libertad vigilada, compuesta por remisión condicional de la pena por delitos de manejo en estado de ebriedad causando lesiones o muerte y microtráfico, entre 541 días y 3 años y la población LVA de 2 a 3 años.
Fuente: Gendarmería de Chile, Oficio N° 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

CUADRO 4
CANTIDAD DE PERSONAS QUE PODRÍA BENEFICIARSE CON LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA

REGIÓN	LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA			
	2013	2014	2015	2016
Arica Parinacota	234	246	259	272
Tarapacá	360	391	422	452
Antofagasta	593	634	676	718
Atacama	351	381	410	439
Coquimbo	468	507	546	585
Valparaíso	1.600	1.736	1.871	2.006
O'Higgins	1.109	1.212	1.314	1.418
Maule	748	782	813	847
Biobío	1.567	1.674	1.782	1.888
La Araucanía	481	520	561	600
Los Ríos	274	278	283	289
Los Lagos	553	589	626	663
Aysén	98	103	108	113
Magallanes	128	131	133	137
Metropolitana	6.206	6.754	7.304	7.856
Total Nacional	**14.770**	**15.938**	**17.108**	**18.283**

Nota: promedio mensual por año de las poblaciones con remisión condicional entre 541 días y 3 años (VIF y sexuales), LVA de 2 a 5 años (VIF y sexuales), LVA de 3 a 5 años (excluye VIF y sexuales).

Fuente: Gendarmería de Chile, Oficio N°1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

DEPARTAMENTO DE REINSERCIÓN AL SISTEMA CERRADO

Este Departamento tiene la responsabilidad de coordinar los programas dirigidos a la población que se encuentra cumpliendo condena privativa de libertad. Para ello se desarrollan acciones en el ámbito de educación, capacitación, trabajo e intervención psicosocial. Específicamente en materia educacional, la oferta se basa en los planes de educación de adultos del Ministerio de Educación, que contemplan tanto formación básica como media, y que son implementados a través de Centros Educativos al interior de los recintos penitenciarios del país. Analizando la población carcelaria sujeta a régimen cerrado, equivalente a 47.937, solo 1.585 tienen escolaridad superior (3,31%). La mayoría tiene escolaridad media (23.395 personas) o básica (22.252 personas) y 579 personas no tienen ninguna clase de instrucción formal[9]. Por lo tanto, el desarrollo de programas para completar la formación educacional es un factor clave para el desarrollo de una política integral de reinserción. Actualmente la demanda educacional es atendida a través de 83 unidades educativas[10]; de ellas, 58 imparten educación por medio de "escuelas" o "liceos" ubicados al interior de los recintos penitenciarios (GENCHI, 2012). La posibilidad de ingresar a las unidades educativas, por regla general, depende de los cupos disponibles. Por su parte, la disponibilidad tiene directa vinculación con la capacidad física de los recintos. En cuanto a los requisitos, estos también varían dependiendo de la Unidad Penitenciaria; en efecto, el INDH ha constatado que "en algunos establecimientos todos/as los/as internos/as que quieran ingresar pueden hacerlo, de acuerdo con la disponibilidad de cupos[11]. En otras unidades, al igual que para los talleres, se exige 'conducta'" (INDH, en prensa). En relación con el acceso efectivo a los programas de educación, el número de internos/as que durante el 2013[12] accedió a ellos asciende a 16.566 personas, que desagregada por sexo corresponde a 1.636 mujeres y 14.935 hombres. Además, al analizar la ubicación geográfica de los internos/as que tienen acceso a los programas educativos, la oferta se concentra en la Región Metropolitana, el 40,09% (654 mujeres) en el caso de las mujeres y el 26,68% (8.985 internos) en el caso de los hombres[13]. En cuanto al acceso a la educación superior, el año 2012 un total de 1.005 internos (9,1% fueron mujeres y 90,9% hombres) rindieron la Prueba de Selección Universitaria (PSU), los que representan el 1,04% del total de la población penal. Los puntajes ponderados obtenidos fueron bajos, incluso por debajo de la línea mínima exigida por el Consejo de Rectores de Universidades Chilenas de 450 puntos. En efecto, "el 91,6% de los/as alumnas, lograron puntajes iguales o inferiores a los 450 puntos, mientras

9 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

10 La Cuenta Pública de Gendarmería de Chile 2012 indica que en materia de educación penitenciaria existen 83 unidades educativas, mientras la Memoria Programas y Acciones de Reinserción de la Subdirección Técnica de 2012 señala que la demanda educacional es atendida a través de 98 establecimientos educacionales.

11 Es necesario destacar que los cupos disponibles no siempre se correlacionan con el número de internos/as del establecimiento penitenciario. Por ejemplo, en el CDP Santiago Sur la oferta existente en materia educacional es insuficiente, ya que permite otorgar posibilidades de estudio solo al 12% de la población albergada.

12 Considera Población Penal Imputados y Condenados con Matrícula en el proceso educación 2013 entre los meses de enero y julio.

13 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

el 6,2 logró puntajes entre los 451 y 500 puntos y el 2,2% de nuestros postulantes logró puntajes iguales o superiores a los 501 puntos. Los promedios por cada prueba rendida corresponden a 347 en Lenguaje, 357 en Matemáticas y 363 en Puntaje Ponderado" (GENCHI, Memoria Programas y Acciones de Reinserción. Subdirección Técnica, 2012). En definitiva las cifras reflejan las dificultades para superar desventajas previas y poder acceder a la educación superior. Sin perjuicio de la existencia de programas de nivelación educacional y para completar estudios, el resultado final del proceso educativo es insatisfactorio.

En cuanto a la capacitación laboral, esta se desarrolla a través de cursos con la modalidad SENCE, que son licitados para ser ejecutados a través de los Organismos Técnicos de capacitación (OTEC)[14]. Las capacitaciones abordan múltiples materias y tienen diversa duración. A modo de ejemplo, el año 2012 se desarrollaron en todo el país un total de 112 cursos de formación y/o capacitación laboral, siendo beneficiados 4.215 internos (11,9% mujeres y 88% hombres) (GENCHI, Memoria Programas y Acciones de Reinserción. Subdirección Técnica, 2012). Los cursos fueron sobre mueblería, gasfitería, corte y confección, electricidad, carpintería, entre otros. Respecto de la forma de seleccionar a las/os internas/os que participan de los cursos de formación, estudios han concluido que "la implementación de los cursos de capacitación laboral muestra entonces que a estos cursos solo pueden postular aquellos reclusos que presentan una buena o muy buena conducta, llevan gran parte de su período de reclusión cumplido, no han cometido delitos sexuales o de tráfico de drogas y no presentan un perfil psicosocial complejo (por ej. adicción a los drogas). Estos criterios de selección corresponden a aquellos definidos en el Reglamento de recintos penitenciarios para el caso de los beneficios de salida, dando cuenta que el acceso a la capacitación laboral, en la práctica, es abordado desde la lógica del castigo, específicamente de los beneficios carcelarios" (Cárdenas, 2009). En definitiva, la participación en un curso no se origina por medio de una postulación, sino a raíz de la proposición por parte de funcionarios de Gendarmería que integran el Consejo Técnico del Recinto Penitenciario. La práctica descrita fue modificada a partir de mayo de 2011, con la adopción del Reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario que en su Artículo 7 señala que "la formación para el trabajo será aquella dirigida al sujeto que se encuentra bajo el control de Gendarmería, destinada a crear o preservar hábitos laborales y/o sociales en el trabajador, reforzando su identidad personal y prosocial, con la finalidad de lograr su reinserción social. Esta actividad será fomentada por la Administración Penitenciaria y se ajustará a la oferta programática de cada establecimiento"[15].

En relación con el acceso a programas de actividades remuneradas al interior de los establecimientos penitenciarios, en la práctica es limitado en virtud de razones de infraestructura y por la escasa oferta existente. Al respecto, el artículo 18 del Reglamento referente al estatuto laboral señala "Podrán desarrollar actividades productivas aquellas personas sometidas a prisión preventiva y quienes se encuentren condenados por sentencia judicial firme o ejecutoriada que completen el correspondiente proceso de selección". Para que un interno/a sea seleccionado el Consejo Técnico considerará su disposición al trabajo, su salud, los antecedentes sociales y de conducta en los casos que corresponda. Según se indica, no se contemplará el delito cometido ni la duración de la pena como factores para la selección de postulantes[16].

La normativa reglamentaria también regula los aspectos referidos a la jornada, las remuneraciones, el ejercicio de otros derechos de índole laboral, y el funcionamiento de los centros de educación y trabajo (CET). El artículo 12 referido al ausentismo en el trabajo penitenciario señala que las ausencias podrán justificarse cuando la persona esté cumpliendo una sanción disciplinaria. Si bien Gendarmería tiene el deber de velar por el orden al interior de los recintos carcelarios y el cumplimiento de los deberes por parte de internos e internas, esta situación debe ser analizada toda vez que las medidas disciplinarias constituyen un obstáculo para el

14 Los Organismos Técnicos de Capacitación, OTEC, son instituciones acreditadas por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE) con exclusividad para ejecutar actividades de capacitación que puedan ser imputadas a la Franquicia Tributaria y ser contratadas por el Servicio para la ejecución de cursos financiados con sus recursos públicos.

15 Decreto 943 del Ministerio de Justicia, Aprueba reglamento que establece estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario.

16 Ibídem.

desarrollo de los programas dirigidos a la reinserción. En este marco debiera apuntarse a establecer sanciones que no afecten la participación en los programas de reinserción y capacitación laboral. En definitiva, en el sistema cerrado se identifican diversos programas a los cuales los/as internos/as tienen acceso, pero de forma aislada y sin una mirada integradora.

En relación con los programas de capacitación laboral y de estudios, la Relatoría para las personas privadas de libertad de la Comisión IDH ya había señalado en su visita desarrollada el año 2008, que "más allá de la iniciativa positiva que constituyen los Centros de Estudio y Trabajo (CET), continúan existiendo serias deficiencias y limitaciones en los programas de readaptación social, incluyendo el limitado porcentaje de la población carcelaria que tiene acceso a los programas de los CET"[17].

Cabe valorar que en mayo de 2013, el Ministerio de Justicia presentó un nuevo portal de empleos para la reinserción laboral de personas privadas de libertad, el cual tiene por objetivo brindar información a las empresas que deseen consultar respecto de la oferta laboral existente entre la población penal[18].

En el lanzamiento del portal, el Ministerio de Justicia formuló un llamado al sector empresarial a participar de la iniciativa, afirmando que "esta página web pretende ser un punto de encuentro para los empresarios que quieran apostar por la reinserción. Actualmente, han ingresado más de 700 personas que han pasado por un proceso de intervención y de capacitación y que están disponibles para ser contratadas. Cuando nosotros apostamos por la reinserción social y laboral, no solamente estamos beneficiando a esa persona y a su familia, sino a la sociedad completa. Porque una persona que abandona el camino del delito y aprende a trabajar, nos asegura mayor seguridad social en nuestro país. Hago una invitación a sumarse a esta iniciativa, así como muchos otros empresarios, y apostar por la reinserción social que se basa en la confianza y en oportunidades de cambiar el rumbo".

17 http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2008/39.08sp.htm

18 Ministerio de Justicia

La página web www.reinsercionsocial.cl fue el resultado de labor de la "Mesa de Trabajo Intersectorial por la Reinserción Laboral", que está integrada por los Ministerios de Justicia y Trabajo, sus servicios dependientes –Servicio Nacional de Menores, Gendarmería de Chile y Servicio Nacional de Capacitación y Empleo– la empresa Telefónica, Paz Ciudadana y la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA).

En cuanto al involucramiento de otros actores sociales en los procesos de reinserción, cabe destacar el trabajo desarrollado por organizaciones de la sociedad civil, como por ejemplo Fundación Paz Ciudadana y Paternitas[19]. A modo de ejemplo, la Fundación Paternitas implementa un conjunto de programas orientados a la prevención, rehabilitación y reinserción, y recientemente ha creado el programa Paternitas Familia, específicamente dirigido a desarrollar planes de trabajo de reinserción sociolaboral por medio de un fortalecimiento de la red familiar del/a interno/a.

Si bien existen variados programas en los distintos sistemas, no se cuenta con estudios que señalen el impacto de dichos programas en la práctica. Es esencial contar con un sistema de evaluación al momento de ingreso a los recintos penitenciarios y, a partir de ello, formular una estrategia de intervención integral conforme a las necesidades de la persona. Considerando la acotada cobertura de los programas de reinserción, la mayoría de las personas que salen al medio libre, tal como lo muestra el cuadro 5, no reciben durante el cumplimiento de su pena ningún tipo de capacitación o formación que facilite su reintegración a la sociedad.

Otro cambio implementado durante febrero del año 2013 fue el reemplazo del antiguo Programa Intramuros (PAC) por el Programa de Prestaciones para la Reinserción Social. Según la información proporcionada por Gendarmería, esta nueva iniciativa tiene la pretensión de constituirse en "el programa medular en materia de reinserción social en el Sistema Cerrado, esto debido a la incorporación de los ejes psicosocial, laboral, educacional, recreación, cultura y deporte, dentro de su oferta programática"[20].

19 Algunos de los programas son: La Casa de Acogida para hijos de padre y madre presos. Programa Adolescentes para jóvenes vulnerables de la comuna de Recoleta. Comunidad Terapéutica El Monte; trabaja en rehabilitación de drogadicción adultos.

20 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

Actualmente, la población penal en régimen cerrado asciende a 48.153. Si se desagrega la cifra por sexo, 3.832 son mujeres y 44.321 son hombres. Conforme a las cifras del año 2013, en el caso de las mujeres, 570 internas han tenido acceso al Programa de Prestaciones para la Reinserción Social durante el año 2013, lo que equivale al 12,25% del total de beneficiadas, mientras los hombres que han tenido acceso son 4.080, es decir, el 87,75% de los beneficiados. De acuerdo con estas cifras, cerca del 10% de la población carcelaria ha tenido acceso a programas de reinserción[21].

CUADRO 5
NÚMERO DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD QUE HAN PARTICIPADO DEL PROGRAMA DE PRESTACIONES PARA LA REINSERCIÓN SOCIAL DURANTE EL AÑO 2013.

REGIÓN / ESTABLECIMIENTO PENAL	SEXO		TOTAL GENERAL
	FEMENINO	MASCULINO	
De Arica y Parinacota	**78**	**282**	**360**
C.P. de Arica	78	282	360
De Atacama	**23**	**180**	**203**
C.C.P. de Chañaral	5	21	26
C.C.P. de Copiapó	10	117	127
C.D.P. de Vallenar	8	42	50
De Coquimbo	**10**	**73**	**83**
C.D.P. de Illapel	2	30	32
C.D.P. de Ovalle	8	43	51
De La Araucanía	**8**	**199**	**207**
C.C.P. de Nueva Imperial		9	9
C.C.P. de Temuco		72	72
C.D.P. de Angol		42	42
C.D.P. de Pitrufquén		16	16
C.D.P. de Villarrica	8	42	50
C.C.P. Victoria		18	18
De los Lagos	**3**	**152**	**155**
C.C.P. de Osorno	3	98	101
C.D.P. de Ancud		24	24
C.D.P. de Castro		30	30
De los Ríos		**33**	**33**
C.C.P. de Río Bueno		17	17
C.E.T. de Valdivia		16	16
De Magallanes y Antártica Chilena		**53**	**53**
C.P. de Punta Arenas		53	53
De Tarapacá	**106**	**61**	**167**
C.C.P. de Iquique	106	40	146
C.D.P. de Pozo Almonte		21	21
De Valparaíso	**64**	**419**	**483**
C.C.P. de Los Andes	2	30	32
C.C.P. de San Antonio	15	60	75
C.C.P. de San Felipe		26	26
C.D.P. de Limache		30	30
C.D.P. de Quillota	5	31	36
C.P. de Valparaíso	42	242	284
Del Biobío	**31**	**361**	**392**
C.C.P. de Chillán	10	65	75
C.C.P. de Coronel		10	10
C.D.P. de Lebu		31	31
C.D.P. de Los Ángeles	6	6	12
C.D.P. de Mulchén		19	19
C.D.P. de San Carlos		29	29
C.D.P. de Yumbel		12	12
C.P. de Concepción	13	179	192
CDP Arauco	2	10	12
Del General Carlos Ibáñez del Campo		**25**	**25**
C.C.P. de Coyhaique		12	12
C.D.P. de Chile Chico		3	3
C.D.P. de Puerto Aysén		10	10
Del Libertador Bernardo O'Higgins	**1**	147	148
C.C.P. de Rengo		53	53
C.C.P. de Santa Cruz	1	64	65
C.D.P. de Peumo		30	30
Del Maule	**26**	**460**	**486**
C.C.P de Talca		173	173
C.C.P. de Cauquenes	4	96	100
C.C.P. de Curicó		116	116
C.C.P. de Linares		75	75
C.P.F. de Talca	22		22
Metropolitana	**220**	**1.635**	**1.855**
C.C.P. de Colina I		320	320
C.C.P. de Colina II		325	325
C.D.P. de Puente Alto		220	220
C.D.P. de Santiago Sur		697	697
C.D.P. de Talagante		73	73
C.P.F. de Santiago	220		220
Total general	**570**	**4.080**	**4.650**

Fuente: Departamento de Reinserción Social en el Sistema Cerrado. Oficio N°1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

21 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

OBSERVACIONES GENERALES

Del panorama descrito se observa la existencia de diversos programas orientados a entregar herramientas para la reinserción y de esa forma evitar la reincidencia. Se hace patente que la problemática requiere de una nueva perspectiva en la medida que el acceso a los programas se aplica en la práctica como un beneficio más que como un derecho. Es determinante la configuración de una política de reinserción y rehabilitación que tenga un alcance mayor, que potencie la colaboración entre el Estado y los organismos de la sociedad civil que trabajan en la materia, y cuya implementación sea responsabilidad de una nueva institución, que además debiera desarrollar procesos de evaluación sobre los programas y su efectividad. En la actualidad la cantidad de internos/as que logran acceder y beneficiarse por estos programas es marginal en relación con la totalidad de la población privada de libertad.

Respecto de la evaluación de los programas desarrollados se ha sostenido que "en su diseño, la mayor parte de los programas considera población penal sin tomar en cuenta su compromiso delictual, y dentro de sus criterios de selección se incluyen requisitos de buena conducta penitenciaria, que tienen dificultades para cumplir los condenados con mayor compromiso delictual. Por lo tanto, en la práctica se produce un sesgo de selección que se evalúa negativamente, ya que favorece preferentemente a la población con mediano y bajo compromiso delictual. La excepción lo constituyen los programas del Ministerio del Interior que expresamente están diseñados para población con alto y mediano compromiso delictual" (Navarro, Espinoza, Ferrada, & Valenzuela, 2012).

En definitiva, la política de reinserción requiere de una mirada integral a la hora de ser diseñada e implementada, y su formulación debe basarse en un diagnóstico claro sobre la mejor vía para alcanzar un buen resultado en cada caso particular. Además debe combinarse el actuar de diversos actores estatales y privados con el fin de proporcionar una respuesta efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

Cárdenas, A. (2009). *Trabajo Penitenciario en Chile.*

Comfort, M. (2008). Doing time together. Love and family in the shadow of the prison. University of Chicago Press.

Droppelmann, C. (14 de marzo de 2012). Elementos clave en la rehabilitación y reinserción de infractores de ley en Chile. *Conceptos. Fundación Paz Ciudadana.*

GENCHI. (2012). Cuenta Pública Gendarmería de Chile 2012. Recuperado el 19 de octubre de 2013, de http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/Cuenta_Publica_2012.pdf

GENCHI. (2012). *Memoria Programas y Acciones de Reinserción. Subdirección Técnica.*

INDH. (en prensa). *Estudio sobre condiciones carcelarias sobre la base del plan de visitas de cárceles.* Santiago de Chile.

International Centre for Prison Studies. (s.f.). Recuperado el 21 de octubre de 2013, de www.prisonstudies.org/images/news_events/wppl9.pdf

Villagra Pincheira, C. (Julio de 2008). Hacia una política postpenitenciaria en Chile: desafíos para la reintegración de quienes salen de la cárcel. *Debates Penitenciarios.*

Villagra Pincheira, C. (Enero de 2008). Reinserción: lecciones para una política pública. *Debates Penitenciarios.*

Wacquant, L. (2012). Merodeando las calles. Gedisa.

Wacquant, L. (2010). Las dos caras de un gueto: ensayos sobre marginalización y penalización.

2

DERECHOS DE LAS PERSONAS JÓVENES



Fotografía: Enrique Cerda



2 DERECHOS DE LAS PERSONAS JÓVENES

ANTECEDENTES

Según la Organización de las Naciones Unidas, son jóvenes todas aquellas personas que tienen entre 15 y 24 años de edad[1]. Este parámetro etario, sin embargo, tiene matices, cambia y se yuxtapone con otros que se adoptan en función de ámbitos de preocupación específicos. Así, por ejemplo, para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la adolescencia es la etapa entre los 10 y 19 años y los jóvenes son el grupo comprendido entre los 15 y los 24 años[2]. En general, se reconoce que la juventud no solo tiene que ver con procesos biológicos, sino psicológicos, sociales y culturales. La categoría joven es más que un parámetro etario; se permea de los entornos y las culturas, de las realidades concretas de democracia y desarrollo, y del grado de reconocimiento de su condición de sujeto de derechos específicos. La categoría joven es una construcción social y cultural. El término, indica la Asamblea General de Naciones Unidas, "tiene diferentes significados en las diferentes sociedades del mundo. La definición "joven" ha variado constantemente con las fluctuaciones de las circunstancias políticas, económicas y socioculturales"[3].

Las percepciones sociales sobre los y las jóvenes pueden llegar a ser contrapuestas. De acuerdo con varios estudios[4] esto se debe a que la lectura del mundo juvenil se hace principalmente desde el prisma adulto que no suele promover la condición de sujetos de derechos de este colectivo al parcializar "el ser y el hacer de las/os jóvenes ya sea homogenizándolos (la juventud como etapa), estigmatizándolos (la juventud como problema o amenaza para el orden) o idealizándolos (la juventud como promesa)" (Pavez, 2005).

Tal realidad se constata en Chile. El actuar de los y las jóvenes en la defensa del derecho a la educación ha sido valorado[5] y su demanda abrió la configuración de un escenario de emplazamiento al cumplimiento de los derechos económicos y sociales. La movilización de los y las estudiantes puso en el debate público la crisis de representación y la necesidad de renovar la política y sus caras[6]. Al mismo tiempo, son comunes las referencias al individualismo de la generación joven actual (Participa, 2004), su desinterés por la política (INJUV, 2013), y al alto porcentaje de "ni-ni" (ni

1 Esta definición estadística de Naciones Unidas se encuentra en los documentos que tratan sobre la población joven. Ver: Asamblea General. Programa de Acción para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes. Resolución A/RES/50/81 del 13 de marzo de 1996, párr. 9.

2 http://www.who.int/topics/adolescent_health/es/ Donas, S. Marco epidemiológico conceptual de la Salud Integral del Adolescente. OPS. OMS, noviembre 1997.

3 Asamblea General. Programa de Acción para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes, *op. cit.*, párr. 10.

4 Ver, entre otros, Duarte, Klaudio; Colectivo Popular Newence (1994) *Juventud popular: el rollo entre ser lo que queremos y ser lo que nos imponen.* Lom Ediciones. Santiago; Pavez, Paulina (2005) "Actores en tránsito: hacia la construcción de una noción de juventud en Chile" En: Revista Mapocho, Nº 57, primer semestre de 2005, pág 283-295.

5 El apoyo ciudadano a las movilizaciones estudiantiles fue registrado en varias encuestas. Ver: El Mostrador, "Movilizaciones estudiantiles cuentan con amplio apoyo ciudadano" del 1ero de agosto de 2011 donde se reporta 71% de apoyo a las movilizaciones y 75% de valoración positiva de los/as dirigentes estudiantiles sobre la base de una encuesta de La Tercera; "ADIMARK: 70% aprueba demandas estudiantiles pero 62% rechaza movilizaciones" del 4 de octubre de 2012.

6 Sobre la crisis de representación, Arturo Valenzuela indica que "[e]l desencanto con la política en Chile tiene que ver con lo que puede entenderse como una seria crisis del sistema de representación. Ésta surge cuando los vínculos entre la ciudadanía, que es el soberano en democracia, y las instituciones del poder gubernamental se resquebrajan" (Valenzuela, 2011). Un interesante debate sobre representación y Congreso, ver las memorias del seminario internacional "Comunicación y representación parlamentaria desafíos del informe parlamentario mundial UIP-PNUD" organizado por el Senado, la Cámara de Diputados, el PNUD y la Academia Parlamentaria en octubre de 2012, en www.pnud.cl . Ver también: GARRETÓN, Manuel "Movimiento estudiantil, crisis de la Educación y Solución política: ¿Hacia una refundación del sistema educacional chileno?" Revista UDP. Nº 3. 2006.

estudia ni trabaja) entre ellos[7]. Las imágenes que muestran los medios de comunicación sobre este colectivo, en general, se construyen sobre prejuicios: en las noticias, gran parte de las veces los delincuentes son jóvenes, aun cuando del total de casos ingresados al sistema penal, menos del 4% corresponde a delitos cometidos por menores de 18 años[8]. Sobre los y las jóvenes existen diversas percepciones en las que predominan los prejuicios y la desconfianza: así, por ejemplo, en la primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada en 2010 por el INDH, un 80,3% de las personas consideró que "los jóvenes confunden demasiado fácilmente libertad con libertinaje" (INDH, 2011).

El poco interés de los y las jóvenes en la política pareciera que respalda las visiones pesimistas sobre esta población: en la 7ma Encuesta Nacional de Juventud 2012, solo el 19% de las y los jóvenes se sienten interesados o muy interesados en política, al tiempo que el 81% está poco o nada interesado en política. Sin embargo, es necesario mirar estos datos en relación con otros indicadores de participación. Según la misma encuesta, 45% de las y los jóvenes ha participado en los últimos 12 meses en alguna organización y 35% ha realizado alguna actividad de ayuda a la comunidad durante el mismo periodo. Se agrega que 23% declara haber participado en algún tipo de manifestación –la marcha es el tipo de manifestación que más jóvenes ha logrado convocar– y 61% está de acuerdo con que las redes sociales son una mejor herramienta que el voto para dar a conocer las demandas de la ciudadanía (INJUV, 2012). En sentido similar, en la 2da Encuesta Nacional de Derechos Humanos aplicada por el INDH entre agosto y septiembre de 2013, del segmento de población entre los 18 y 29 años, un 57% ha expresado opinión a través de las redes sociales y 29% ha participado en manifestaciones en los últimos 12 meses (INDH, 2013). Desde las movilizaciones en torno al derecho a la educación iniciada por los/as estudiantes secundarios/as a la fecha, los y las jóvenes a lo largo del país han mostrado en forma reiterada y por distintos canales –en la calle, en las redes sociales, en distintas expresiones del movimiento social y al interior de los propios partidos políticos– su interés por formar parte de los debates y acuerdos políticos en función de la profundización de la democracia. Un indicador en tal sentido es el hecho de que en la elección parlamentaria de 2013, varios de quienes estuvieron en posiciones de liderazgo en las manifestaciones estudiantiles de 2011 y 2012 son candidatos/as[9].

El INDH aborda por primera vez en un informe anual la realidad de los y las jóvenes como un colectivo específico, distinto a la niñez y el mundo adulto, y entendiendo que constituye una categoría en construcción en el campo de los derechos humanos. En este apartado se da cuenta de los estándares de derechos humanos respecto de los y las jóvenes y se revisa, a partir de la información disponible, manifestaciones de problemas que los aquejan y que expresan desigualdades en el ejercicio de derechos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los instrumentos internacionales de derechos humanos carecen de mención explícita a los y las jóvenes, excepto respecto de algunos derechos como casarse y fundar una familia "a partir de la edad núbil" que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art 23, núm. 2 y 3) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (art. 16)10.

Como ámbitos de protección específica, los instrumentos internacionales indican el deber de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños y adolescentes, sin discriminación alguna. En particular, se establece la necesidad de proteger a esta población de la explotación económica y social, y sancionar por ley el empleo de niños y adolescentes "en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o corra el

7 Según información de prensa, 24,8% de los/as jóvenes chilenos no estudian ni trabajan: "Chile es el cuarto país con más jóvenes de 15 a 29 años "ni-ni" (que no estudian ni trabajan) entre 34 naciones de la OCDE y el G-20, según el informe de educación liderado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico" (La Segunda, 2013).

8 Datos de Paz Ciudadana procesados a partir de los boletines estadísticos del Ministerio Público (Fundación Paz Ciudadana, 2013).

9 Tal es el caso de Camila Vallejos, Giorgio Jakson, Gabriel Boric, Francisco Figueroa, Karol Cariola, Sebastián Farfán y Daniela López.

10 El Comité de la CEDAW estableció en 18 años la edad mínima para contraer matrimonio tanto para el hombre como para la mujer. Recomendación General Nº 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), párr. 36 y 37.

riesgo de perjudicar su desarrollo normal" (art. 10 núm. 3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Otro grupo de preocupación específica son los menores privados de libertad respecto de los cuales el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que "2.b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento…3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica" (art. 10).

Aun cuando la mención de la población joven es escasa, la protección de sus derechos en esta etapa de la vida está presente en las recomendaciones generales de varios comités que vigilan el cumplimiento de tratados de derechos humanos. Es importante aclarar, sin embargo, que la referencia es principalmente a la adolescencia, y se utilizan las acepciones adolescente y joven como sinónimos. Así, por ejemplo, el Comité del Pacto DESC alude a esta población en sus observaciones generales sobre el derecho a la educación y a la salud[11], y el Comité de la CEDAW en cuestiones relativas a la violencia, al VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual[12]. El desarrollo más completo respecto de los derechos de los y las adolescentes se encuentra en la Observación General Nº 4 de 2003 sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se indica allí que "los adolescentes de hasta 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención; tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos (art. 5)"[13].

11 El Comité DESC se refiere a la población adolescente en su Observación general Nº 13 (1999) sobre el derecho a la educación (art. 13); Observación general Nº 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12);

12 Comité de la CEDAW. Recomendación general Nº 24 (1999) sobre el Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud.

13 Comité de Derechos del Niño. Observación general Nº 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 1.

Existe en las observaciones generales referidas especial preocupación por la salud de la población joven, en particular respecto de la salud sexual y reproductiva y la protección frente a enfermedades de orden sexual y el VIH/ SIDA. El Comité de los Derechos del Niño señaló que "los Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores. Es fundamental encontrar los medios y métodos adecuados de facilitar información apropiada que tenga en cuenta las particularidades y los derechos específicos de las chicas y chicos adolescentes"[14]. En sentido similar ha hecho recomendaciones el Comité del Pacto DESC[15] y el Comité de la CEDAW[16]. Ello complementa lo dispuesto por la referida Convención de los Derechos del Niño, porque como señala el Comité que resguarda su cumplimiento, "La Convención reconoce las responsabilidades, derechos y obligaciones de los padres (o de cualquier otra persona encargada legalmente del niño) 'de impartirle, en consonancia y con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención' (art. 5). El Comité cree que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos".

Por su parte, la OMS ha establecido que "los problemas de salud de los adolescentes están relacionados entre sí. Muchos de los factores subyacentes del desarrollo no saludable de los adolescentes provienen del entorno social. Algunos de estos factores son la pobreza y el desempleo, la discriminación por motivos de sexo y étnicos y las repercusiones de los cambios sociales en las familias y comunidades. Mientras que los esfuerzos de los programas en favor de la salud de los

14 Ibídem, párr. 28.

15 Comité DESC, Observación General Nº 14, *op. cit.*, párr. 23.

16 Comité de la CEDAW, Observación General Nº 24, párr. 18.

adolescentes no pueden concentrarse directamente en las desigualdades e injusticias de la sociedad, es preciso reconocer que estas condiciones constituyen limitaciones reales para mejorar la salud y el bienestar de los adolescentes" (OMS, 1997).

En materia de empleo, la OIT cuenta con un convenio específico sobre la edad mínima (C138 de 1973), donde establece que todo miembro "se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores". La edad mínima fijada "no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años" (art. 2) y "La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años" (art. 3). La Conferencia Internacional del Trabajo de 2012 abordó la crisis del empleo juvenil e hizo un llamado a la acción frente al desempleo y subempleo persistentes de los jóvenes "que conllevan un elevado costo socioeconómico y representan una amenaza para el tejido social. La incapacidad para crear suficientes puestos de trabajo decentes puede tener efectos perjudiciales duraderos en los jóvenes" (OIT, 2012)

El sistema de Naciones Unidas se ha preocupado de la situación de los y las jóvenes desde los años 70; entre sus hitos está la "Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos" adoptada por la Asamblea General en 1965; la declaración de 1985 "Año Internacional de la Juventud, Participación, Desarrollo y Paz"; la Resolución 50/81 de 1996 que aprobó el "Programa de Acción Mundial para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes" cuyo objetivo fue brindar "un marco de política y directrices prácticas para la adopción en el plano nacional y la prestación de apoyo en el plano internacional con el fin de mejorar la situación de los jóvenes"[17], en particular para fortalecer la capacidad nacional respecto de la juventud y su participación plena, efectiva y constructiva en la vida de la sociedad. Tres años después, los Ministros de la Juventud adoptaron la Declaración de Lisboa (1998) sobre políticas y programas sobre la juventud –marco referencial para la definición de políticas de cooperación internacional sobre la juventud–, y el Tercer Foro Mundial de la Juventud acordó el Plan de Acción de Braga que reconoce a los/as jóvenes como agentes y beneficiarios/as del desarrollo y recomienda a los Estados políticas integradas multisectoriales formuladas con su participación y consulta.

El Programa de Acción Mundial para los Jóvenes es resultado de las múltiples resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas y del aporte de instrumentos internacionales como la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), y de la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). El Programa declara que los y las jóvenes son a la vez agentes, beneficiarios y víctimas de los grandes cambios en la sociedad, e identifica diez esferas prioritarias de acción: educación, empleo, hambre y pobreza, salud, medio ambiente, uso indebido de drogas, delincuencia juvenil, actividades recreativas, niñas y jóvenes, y participación plena y eficaz de los jóvenes en la vida de la sociedad y en la adopción de decisiones[18]. "La aplicación del Programa de Acción requiere que los jóvenes disfruten plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y requiere asimismo que los gobiernos tomen medidas eficaces contra las violaciones de esos derechos y libertades y promuevan la no discriminación, la tolerancia, el respeto de la diversidad, respetando plenamente los diversos valores religiosos y éticos, culturas y convicciones filosóficas de los jóvenes de sus países, la igualdad de oportunidades, la solidaridad, la seguridad y la participación de todos los jóvenes de ambos sexos"[19]. El Programa de Acción se mantiene en vigencia, con suplementos agregados que promueven acciones en ámbitos como juventud y globalización, VIH/SIDA, conflictos

17 Asamblea General. Programa de Acción para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes. Resolución A/RES/50/81 del 13 de marzo de 1996, párr. 3.

18 Ibídem, párr. 19.

19 Ibídem, párr. 20.

armados, y tecnologías de información y comunicaciones, entre otros[20].

En diciembre de 2010, en México, tuvo lugar la Conferencia Mundial de la Juventud con la participación de delegaciones oficiales de 153 países. La Conferencia se realizó en momentos en que el número de personas jóvenes a nivel mundial era la más grande en la historia y, por tanto, merecen un lugar central en los esfuerzos por alcanzar los objetivos de desarrollo –entre ellos los Objetivos del Milenio– y representan una oportunidad "de hacer inversiones estratégicas para ganar un dividendo demográfico y romper con el ciclo de la pobreza intergeneracional". La Declaración de Guanajuato considera a las y los jóvenes como sujetos de derecho, promueve que se les reconozca como actores claves en el desarrollo y boga por la eliminación de su estigmatización como causa de conflicto y violencia (párr. 36 y 37). Con base en las prioridades identificadas, los gobiernos acuerdan, entre otras medidas, "considerar la discusión de un marco legal internacional que reconozca los derechos específicos de las personas jóvenes" (Acuerdo 5)[21].

Hasta ahora el único instrumento vinculante es la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, adoptada en 2005 y vigente desde el 1 de marzo de 2008, cuyo alcance está circunscrito a los 21 países que conforman la Comunidad Iberoamericana de Naciones. La Convención establece el compromiso de los Estados Parte de garantizar a las personas jóvenes de entre 15 y 24 años de edad, sin discriminación alguna, el cumplimiento de los derechos humanos recogidos en el articulado. "La Convención tiene como finalidad consagrar en forma vinculante el reconocimiento de los requerimientos de protección y garantía para el ejercicio de los derechos de los jóvenes de ambos sexos, incluidas la igualdad de género, la libre elección de pareja, la salud integral y la salud sexual y reproductiva... El hecho de contar con un instrumento internacional específico puede contribuir a acompañar la transición niñez-adolescencia-juventud como un continuo y servir de herramienta para romper la invisibilidad que afecta a este sector de la población" (Morlachetti, 2007). Chile no ha firmado la Convención.

JÓVENES EN CHILE, PROGRAMAS SECTORIALES Y AUSENCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS INTEGRADAS

De acuerdo con la proyección del INE para 2013, sobre la base del censo 2002, en Chile la población en ese rango etario es de 4 millones doscientas mil personas aproximadamente, lo que representa el 24% de la población proyectada (INE-CEPAL, 2005).

El Instituto Nacional de la Juventud (INJUV) –órgano público creado por la Ley N° 19.042 de 1991, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social– es la entidad especializada "encargada de colaborar con el Poder Ejecutivo en el diseño, la planificación y la coordinación de las políticas relativas a los asuntos juveniles" (art. 2). Entre sus funciones está elaborar diagnósticos y buscar soluciones a los problemas de la juventud, en todas las áreas de las actividades nacionales, aumentar la participación en la sociedad y contribuir a que los jóvenes tengan capacidad de propuesta, poder de decisión y responsabilidad, y tener capacidad de denuncia, instalando en el debate público temas de juventud, mediante el estudio de la realidad juvenil y la coordinación con agentes públicos y privados relacionados con la materia (INJUV). Sus objetivos estratégicos son crear y fortalecer organizaciones juveniles que busquen resolver problemas, canalizar y organizar causas que promuevan la participación solidaria de los jóvenes, fomentar la cultura cívica de los jóvenes y abordar temáticas juveniles con mirada intersectorial (INJUV, 2012).

A pesar de la existencia de esta institucionalidad, el país no cuenta con una política nacional de juventud, tal como recomienda el Programa de Acción Mundial y la Declaración de Lisboa. Se han realizado esfuerzos desde la década de los años noventa e incluso se diseñó un "Plan de Acción en Juventud" el año 2004 (Comité Intergubernamental en

20 Asamblea General. Resolución sobre Políticas y programas relativos a la juventud: la juventud en la economía mundial - Fomento de la participación de los jóvenes en el desarrollo social y económico. A/RES/62/126 del 5 de febrero de 2008. Anexo: Suplemento del Programa de Acción Mundial para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes.

21 Declaración de Guanajuato, Preámbulo. http://www.un-ngls.org/spip.php?page=article_es_s&id_article=2858. http://lac.unfpa.org/webdav/site/lac/shared/DOCUMENTS/2012/pagina%20de%20juventud/Declaracion_Guanajuato_Esp.pdf

Juventud, 2004), pero estos no han desembocado en una plataforma integradora de la iniciativa pública hacia los y las jóvenes. Lo que se mantiene y destaca son las políticas sectoriales como es el caso de salud y trabajo, además de las acciones del INJUV[22].

El INJUV incluye en la categoría joven a quienes tienen entre 15 y 29 años de edad. Sin embargo, en el ámbito público no se utiliza este como rango etario común en las políticas sectoriales. Así, el Ministerio de Salud en su política de "Control del Joven Sano" define por tal a adolescentes y jóvenes entre 10 y 19 años (Ministerio de Salud, 2012); por su parte, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social utiliza el parámetro 18-25 años para otorgar incentivos al empleo de trabajadores jóvenes. Estas diferencias en nomenclatura encuentran su explicación en los acentos sectoriales; sin embargo, pueden traducirse en superposición de políticas y programas, y escasa coordinación más aun cuando el país carece de una política general hacia la juventud.

En tal sentido, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha señalado que "a pesar de los avances importantes en garantizar ciertos derechos (como por ejemplo el derecho a 12 años de escolaridad obligatoria) no existe consenso al interior del Estado chileno respecto de una conceptualización integrada y pertinente de la condición juvenil que, junto con reconocer la complejidad y heterogeneidad características de este grupo, posibilite la definición de indicadores y objetivos claros en torno a lo que se quiere lograr en cuanto a niveles y/o condiciones de inclusión social mínimos que deben ser garantizados…" (PNUD, 2010).

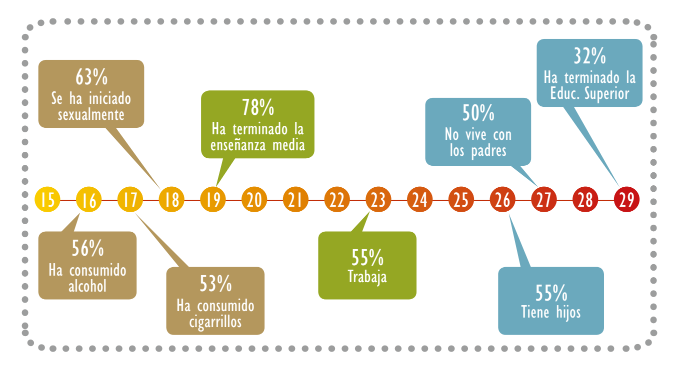
Para el INDH resulta importante visualizar la realidad de este colectivo específico y de los problemas que enfrenta en el ejercicio de derechos en razón de la edad, además de otros que dicen relación con el sexo, la condición socio económica y la pertenencia étnica, entre otras categorías. Es necesario abrir el debate público sobre los derechos de esta población de manera de corregir las vulneraciones u omisiones que pueda tener la legislación y la política pública en la perspectiva del respeto y garantía al ejercicio pleno de derechos fundamentales.

DESIGUALDADES Y DISCRIMINACIÓN HACIA LAS PERSONAS JÓVENES

La principal herramienta de producción de información sobre los y las jóvenes es la Encuesta Nacional de Juventud que se ha aplicado invariablemente cada tres años desde 1994. Su rol es "suministrar información de base que permita cuantificar adecuadamente la prevalencia de ciertas condiciones, conductas y actitudes, de modo tal que su aplicación permita orientar efectivamente la toma de decisiones públicas sobre este grupo poblacional" (INJUV, 2012).

La 7ª versión de la Encuesta aplicada en 2012 arroja los siguientes datos sobre los y las jóvenes en Chile:

GRÁFICO N° 1.1: HITOS CLAVES DURANTE LA JUVENTUD SEGÚN AÑOS DE EDAD. TOTAL MUESTRA.



Nota: Porcentajes según años de edad simple.
Fuente: Encuesta Nacional de Juventud 2012, INJUV.

El INJUV indica que las características similares de quienes están entre los 15 y 19 años se van diluyendo a medida que se sube en la edad: 81% estudia, 75% no busca empleo, 94% vive en su hogar de origen y 92% no tiene hijos/as. De quienes tienen entre 20 y 24 años, "los estudios superiores se concentran en jóvenes de mayores recursos (73% en el nivel alto), mientras que la proporción de quienes trabajan

22 En entrevista al Mostrador en octubre del año 2010, el entonces director del INJUV declaraba que: "En Chile no hay una política pública de juventud… Hemos sido poco relevantes en materia política y lo veo hoy todos los días cuando salen programas para la juventud de diversos ministerios, en que el Injuv no es ni siquiera consultado, porque no se ha legitimado como un gran observador social" (El Mostrador, 2010).

(44%) y se dedica a labores domésticas aumenta a medida que disminuye el nivel socioeconómico" (INJUV, 2012). En el tramo siguiente, de 25 a 29 años, "los jóvenes de nivel socioeconómico bajo presentan menor inserción laboral, principalmente por su bajo nivel educacional (el 43% no ha terminado la enseñanza media)" (INJUV, 2012).

Las desigualdades que se expresan en la encuesta del INJUV se deben en mucho a los niveles de pobreza que se constatan en la población joven: 42,7% vive en hogares de nivel bajo (grupos D y E), 49,6% en hogares de nivel medio (grupos C2 y C3), y solo 8% vive en hogares de nivel alto (ABC1) (INJUV, 2012). Las desigualdades también responden a los roles en general atribuidos a mujeres y hombres en la sociedad: de quienes tienen inserción laboral, la diferencia entre hombres y mujeres aumenta en forma drástica entre tramos etarios: de 6% en el tramo de 15 a 19 años, a 17% en el de 20 a 24 años y a 28% en el de 25 a 29 años. Al mirar estas diferencias por grupos socioeconómicos, se constata que en los hogares del grupo ABC1, las jóvenes registran mayores niveles de vinculación al mercado laboral que los jóvenes: 36% y 31% respectivamente; en los hogares del grupo E, la proporción de jóvenes mujeres trabajando desciende a 14,1% y el de los hombres asciende a 47,4%.

El INJUV concluye que "la construcción de los proyectos de vida de las y los jóvenes está condicionada por el nivel socioeconómico y el sexo de las personas. Esta situación se hace evidente al comparar por edades las trayectorias de cada joven, las cuales se distinguen a medida que se avanza en la edad, en donde la integración a la sociedad resulta más difícil en jóvenes de menos recursos y en las mujeres" (INJUV, 2012). Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que según la misma encuesta, un 84% de los jóvenes se considera feliz. Dentro de los factores que destacan los jóvenes como causantes de la felicidad, refieren el trabajo (32%) y la vida en familia (27%). Además, el 86% de los jóvenes piensa que estará mejor en los próximos cinco años.

En relación con otros derechos económicos, sociales y culturales, el INDH revisó en su Informe Anual 2012 la segregación del sistema educativo en razón del nivel socioeconómico de las familias, y su impacto en la igualdad de oportunidades de los y las jóvenes en el desarrollo del proyecto de vida.

En materia laboral, la OIT señala que, en América Latina y el Caribe, "[l]os y las jóvenes suelen enfrentar obstáculos especiales para su inserción laboral, lo que se expresa en altas tasas de desempleo –entre 2,3 y 5,5 veces superior a la de los adultos–, trabajo precario y bajos ingresos" (CEPAL-OIT, 2012). Chile no escapa a este diagnóstico, a pesar del incentivo al empleo de jóvenes otorgado por el gobierno a través de la Ley Nº 20.338, que entrega un beneficio a los(as) trabajadores(as) jóvenes dependientes e independientes, mejorando sus sueldos[23]. Indica la OIT que "[p]ara 2012, la tasa de ocupación de los chilenos entre 15 y 24 años fue de 31,1%, 0,6 puntos porcentuales (pp) por debajo de 2011. Esta tasa –que refleja la proporción de ocupados sobre el total de jóvenes– es la más baja en Sudamérica". La tasa de desempleo de los/as jóvenes (julio 2013) se ubicó en 12,1% según el INE; aunque ha mostrado una tendencia a la baja en los últimos años, sigue más alta que la tasa nacional de desempleo que bordea el 6%.

Respecto de la salud, en el año 2012 el INDH visibilizó el tratamiento desigual que distintas normas en salud dan a los y las jóvenes entre 14 y 18 años, el reconocimiento o limitación de su derecho de decisión autónoma y la confidencialidad de su atención de salud. En efecto, la norma en materia de regulación de la fertilidad respeta la confidencialidad de la consulta cuando se trata de mayores de 14 años y menores de 18 años; en cambio, la ley de derechos y deberes del paciente no hace mención específica a este rango etario dejando a criterio del/la médico/a el reconocimiento o negación de este derecho: "Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante (...), de acuerdo con su edad y condición personal y emocional. Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información (…) será dada

23 Tienen derecho al "subsidio al empleo aquellos empleadores respecto de sus trabajadores dependientes señalados en el inciso anterior que cumplan con los siguientes requisitos: a) Que el trabajador tenga entre 18 y menos de 25 años de edad; b) Que el trabajador integre un grupo familiar perteneciente al 40% más pobre de la población de Chile conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 10 de esta ley, y c) Que las remuneraciones brutas mensuales del trabajador sean inferiores a $360.000" (art. 1, Ley Nº 20.338).

a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre" (art. 10)[24]. Dada la escasa conciencia que prevalece respecto de los derechos de los y las jóvenes, es necesario que las normas posean iguales directrices en cuanto al tratamiento y derechos de este grupo de población, a los fines de evitar vulneraciones a sus derechos en la práctica.

Parte importante de las preocupaciones y compromisos de los Estados en las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas y de las observaciones y recomendaciones que emanan de los comités de tratados de derechos humanos apuntan a fortalecer la visión de los y las jóvenes como un sujeto de derechos específicos y la necesidad de la acción concertada del Estado en función del respeto y garantía de ejercicio. Esta perspectiva está aún poco desarrollada en Chile.

24 Ley Nº 20.584 que *regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.* Publicada el 24 de abril de 2012, e inicia vigencia el 1ero de octubre de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

Comité Intergubernamental en Juventud. (2004). Chile se compromete con los jóvenes. Plan de acción en juventud. Santiago.

Dávila, O. (2002). Políticas de juventud en Chile y su expresión en lo local. Santiago: OIT.

Duarte, C. (julio de 2012). Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción. Ultima década, vol. 20(36).

El Mostrador. (26 de octubre de 2010). Director del Injuv: "En Chile no hay una política pública de juventud". Santiago.

Fundación Paz Ciudadana. (2013). Balance de la delincuencia 2012. Santiago.

INDH. (2011). Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Santiago.

INDH. (2013). 2da Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Santiago.

INE-CEPAL. (2005). Chile. Proyecciones y estimaciones de población. Total país 1950-2050. Santiago.

INE. (2010). Compendio Estadístico. Santiago.

INJUV. (2012). 7ma Encuesta Nacional de Juventud. Santiago.

INJUV. (2012). Cuenta Pública 2012. Santiago.

INJUV. (julio de 2013). Boletín Área de Estudios. Recuperado el 23 de octubre de 2013, de INJUV: http://www.injuv.gob.cl/portal/wp-content/files_mf/2boletinestudios_viiencuesta92.pdf

INJUV. (s.f.). Mision y visión. Recuperado el 24 de octubre de 2013, de INJUV: http://www.injuv.gob.cl/portal/quienes-somos/mision-y-vision/

La Segunda. (26 de junio de 2013). Chile es uno de los países con más "jóvenes ni-ni" (que no estudian ni trabajan). La Segunda On line. Santiago.

Mettifogo, D., & Sepulveda, R. (2004). La situación y tratamiento de los menores infractores de ley en Chile. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile.

Ministerio de Salud. (2012). Orientaciones técnicas para el control de salud integral de los adolescentes. Control del joven sano.

Morlachetti, A. (2007). Políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a adolescentes y jóvenes: un enfoque fundado en los de derechos humanos. Notas de población Nº 85 Cepal.

OIT. (2012). La crisis del empleo juvenil: un llamado a la acción. Resolución y conclusiones de la 101 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.

OMS. (1997). Actividades a favor de la salud de los adolescentes. Washington.

Participa. (2004). Los jóvenes y su integración dentro de la sociedad actual. Santiago.

Pavez, P. (2005). Juventudes en Chile: hacia una construcción del concepto de juventud. Revista Mapocho (57), 283-295.

PNUD. (2010). Juventud, equidad e inclusión social en Chile: hacia la consecución de los ODM. Recuperado el 24 de octubre de 2013, de PNUD: http://www.pnud.cl/proyectos/fichas/proyecto-jovenes.asp

Valenzuela, A. (2011). Crisis de representación y reforma política en Chile. Santiago: CEP - CIEPLAN.



PUEBLOS INDÍGENAS EN CONTEXTOS URBANOS

Fotografía: Enrique Cerda



PUEBLOS INDÍGENAS EN CONTEXTOS URBANOS

3

ANTECEDENTES

Topater es una localidad de la ciudad de Calama en la que está emplazado un cementerio preincaico, calificado como uno de los sitios de mayor valor cultural y arqueológico de la Región de Antofagasta. Integrantes de la comunidad *likan antay* (atacameña) de Calama y Antofagasta, realizan allí habitualmente prácticas ancestrales de culto y reconocimiento de sus antepasados. Se trata de un espacio que contiene los vestigios de lo que en otros tiempos constituyó el *Ayllu,* que con posterioridad se transformó en la ciudad de Calama.

En las cercanías, una empresa dueña de los terrenos pretende construir un proyecto inmobiliario y, de esta manera, responder a la expansión demográfica de la ciudad de Calama. El 6 de noviembre de 2012, varios miembros de comunidades indígenas de la Región interpusieron una acción de protección fundando su pretensión, entre otras razones, en que el acto de remover material y construir un proyecto de esas características atenta contra la libertad de culto, el deber de consulta previa, el derecho de propiedad indígena, y que es además discriminatorio en razón del origen étnico de los eventualmente afectados por dichos trabajos. La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso, lo que fue revertido por la Corte Suprema el 26 de septiembre de 2013. La Corte Suprema señaló que "[e]s el parecer de estos juzgadores que la intromisión desordenada, desautorizada e inconsulta de inversionistas que pretenden ejecutar un proyecto inmobiliario que, en lo físico, se ubicaría a no más de 35 metros de distancia del punto crítico donde se resguarda tal patrimonio, sumado al tráfago propio del hábitat en el que se desenvolvería la población que allí resida, perturba el derecho legítimo que tienen las recurrentes, tanto al libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y ritos sagrados, garantido para ellas y sus congéneres por el apartado 6° del artículo 19 de la carta fundamental, de modo que, de tolerar que se los pase a llevar, se los diferenciaría, arbitrariamente, del resto de las personas que, no perteneciendo a la etnia de las actoras, no ven inconvenientes para el libre ejercicio de iguales prerrogativas, contrariándose de esa forma, además, la garantía de igualdad y no discriminación […]"[1].

Este caso se refiere a una dimensión insuficientemente abordada, asociada al impacto del crecimiento y la expansión urbana en el ejercicio y goce sin discriminación de los derechos de los pueblos indígenas. Otro fenómeno asociado al impacto de la ciudad y los derechos de estos pueblos, está relacionado con los movimientos migratorios campo-ciudad y la consecuente tendencia a la urbanización de la población indígena, resultado de lo cual es que hoy la mayor parte de la población indígena reside en los centros urbanos.

El proceso que llevó al asentamiento de integrantes de pueblos indígenas en la ciudad, o el levantamiento de ciudades en lugares que correspondían a asentamientos indígenas precoloniales, abren interrogantes sobre los efectos que esta tiene en la mantención de la identidad y de la cultura, y en la forma que los derechos indígenas son amparados y ejercidos en este espacio.

El tema es relevante puesto que, conforme a la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) del año 2011, el 8,1% de la población nacional –equivalente a 1.369.563 personas– declaran autoidentificarse como

1 Corte Suprema Rol 3010-2013, 26 de septiembre de 2013, Considerando 11.

indígenas. A su vez, el 73,4% de esta población habita en la ciudad, es decir, se trata de "indígenas urbanos". De acuerdo con la medición de 1996, un 51,7% de la población indígena residía en centros urbanos, lo que constituye una evidencia de la tendencia a la urbanización observada.

En contraste con esta realidad, la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas solo contiene tres artículos que se refieren a los indígenas urbanos y migrantes. De acuerdo con esta ley, pertenecen a la categoría de indígenas urbanos los chilenos que, reuniendo los requisitos del artículo 2 de la misma, se autoidentifiquen como indígenas y cuyo domicilio sea un área urbana del territorio nacional (art. 75).

DISTRIBUCIÓN URBANO-RURAL DE LA POBLACIÓN INDÍGENA DE CHILE, POR PUEBLO, 2011

PUEBLO	ZONA	
	URBANA	RURAL
Aymara	85,8%	14,2%
Rapa Nui (Pascuense)	95,3%	4,7%
Quechua	91,6%	8,4%
Mapuche	71,6%	28,4%
Atacameño (Likán Antai)	69,9%	30,1%
Coya	94,6%	5,4%
Kawésqar (Alacalufes)	89,5%	10,5%
Yagán (Yámana)	100,0%	0,0%
Diaguita	84,6%	15,4%
Total	**73,4%**	**26,6%**

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2011.

De acuerdo con los datos censales de 2002, en relación con la migración de los pueblos indígenas según regiones, se advierte que los lugares que cuentan con saldos migratorios negativos, es decir, localidades desde las que se desplaza población, son la Región del Biobío y La Araucanía. El saldo migratorio positivo, es decir, que recibe población, queda en la Región Metropolitana (INE, s/f). La Región Metropolitana y las ciudades de Arica, Tarapacá y Temuco concentran la mayor densidad de habitantes indígenas urbanos. Las comunas con mayor porcentaje de población indígena urbana pertenecen en su totalidad a la Región Metropolitana, entre las que se destacan las comunas de La Pintana, Peñalolén y Cerro Navia (Ribotta, 2010).

En el presente apartado se analiza esta realidad y, en particular, el acceso y ejercicio de derechos de estos colectivos en condiciones de igualdad y no discriminación.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y NORMATIVA NACIONAL

La igualdad y no discriminación permea el derecho de los derechos humanos. En virtud de este principio, los Estados se ven compelidos a respetar y garantizar a todos los habitantes del territorio nacional el ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados internacionales que hayan ratificado, "[s]in distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"[2]. En la Constitución Política de la República se expresa similar principio, al declararse que "[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 1); y que "no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley" (art. 19 N° 2).

Los instrumentos internacionales referidos a los pueblos indígenas, específicamente el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no establecen diferencias entre indígenas rurales y urbanos, entendiéndose que todos/as son destinatarios y titulares de los derechos que ellos contienen y consagran. El mismo criterio ha sido sostenido por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, al señalar que "los miembros de los pueblos indígenas no deben ser divididos entre urbanos y rurales, sino como pertenecientes a un mismo pueblo [...]"[3].

2 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Art. 2. El art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en similares términos establece el derecho a la no discriminación.

3 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Sexto período de sesiones. Nueva York, 14 a 25 de mayo de 2007. E/C.19/2007/CRP.8. pág. 2.

La constatación de que "[e]n muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión"[4], llevó a que en el seno de la OIT se adoptara el Convenio 169, estableciéndose un conjunto normativo que plasma, en la especificidad de los pueblos indígenas, derechos ya garantizados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Dentro de las obligaciones de garantía que este cuerpo impone está la de desarrollar, con la participación de estos sujetos de derecho, una "acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad" (art. 2.1). Ello requiere asegurar que dichos pueblos gocen y ejerzan sus derechos en condiciones de igualdad en relación con los otros miembros de la comunidad (art.2.2), estableciéndose que deberán promoverse los derechos económicos, sociales y culturales, en la perspectiva de eliminar las diferencias socio económicas que puedan existir entre indígenas y el resto de la población (arts. 2.2 b. y c.). El instrumento agrega que se deben adoptar medidas en la dirección de proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, lo que debe ser tenido en consideración a los fines de encarar los problemas que deban enfrentar dichos pueblos tanto colectiva como individualmente (art 5.a). Particularmente, se deberán adoptar medidas que permitan superar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo (art. 5.c).

Por último, el principio de igualdad y no discriminación recorre transversalmente todo el Convenio 169 en los ámbitos más específicos destinados a las condiciones de empleo; formación profesional; seguridad social; salud; y educación. En relación con cada uno de estos derechos, el Convenio llama a establecer condiciones de acceso, protección, seguridad y participación, todo ello en cooperación y participación de los pueblos interesados, y cuando corresponda, previa consulta, garantizando la igualdad y no discriminación.

4 Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Preámbulo.

3

MIGRACIÓN CAMPO-CIUDAD E IDENTIDAD INDÍGENA

La migración campo-ciudad de los pueblos indígenas ha sido estudiada fundamentalmente para el caso del pueblo mapuche. El estudio de Carlos Munizaga sobre la migración de los mapuche a la ciudad de Santiago fue pionero (Munizaga, 1961). De acuerdo con dicho análisis, este proceso está asociado a las expectativas de acceso a servicios y prestaciones que la ciudad ofrece, y a la consecuencial mejora en la calidad de vida. Es decir, las condiciones de pobreza y marginalidad que la ruralidad de origen representa explican en gran medida este desplazamiento. En la Región de La Araucanía se han puesto de relieve las carencias y brechas socioeconómicas que en comparación a otras regiones, experimenta esta zona del país, estimulando la migración a la ciudad: "[l]a extrema pobreza, incluida la indigencia, alcanza en aquella región el doble, aproximadamente, del promedio del país. La mortalidad infantil llega al triple de la nacional. En comunas indígenas como Ercilla, Lumaco y Teodoro Schmidt, esta tasa es de 50 por mil nacidos vivos, la misma del país en su conjunto hace medio siglo. En el ámbito educacional, los datos son similares: en 1996, de la 44 peores escuelas de Chile, de acuerdo a mediciones efectuadas por el Simce, 26 de encontraban en la Araucanía profunda" (Gissi, 2004, pág. 3).

Sin embargo, estas condiciones son explicativas de cualquier movimiento migratorio. Un segundo factor identificado, y que está asociado exclusivamente a la condición étnica, es la "disminución y degradación de las tierras comunitarias, proceso generado por el sistema de tenencia de la tierra impuesto por el [E]stado chileno desde fines del siglo XIX[5]. Esta cuestión se ha transformado en un problema estructural pues la tierra –por diversas causas (expropiaciones, usurpaciones, ventas irregulares)– ha disminuido en forma regular en contraposición al crecimiento sostenido de la población, lo que ha significado la partida

5 Se trata de un sistema basado en la entrega de Títulos de Merced con los cuales el Estado reconocía una porción de tierra para el usufructo familiar. Estas entregas se hicieron sin considerar los territorios ocupados originalmente por los mapuche, los que fueron entregados a la colonización europea, los remates y las ventas. Las parcelas de tierras han sido promediadas entre 2 y 5 hectáreas por familia. El proceso de radicación se llevó a cabo entre los años 1883 y 1929, entregándose un total de 500.000 hectáreas, es decir, el 5% del territorio histórico [Nota del autor].

de miembros jóvenes de la comunidad [a la ciudad]" (Bello, 2002, p. 41).

De acuerdo con la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, el Estado reconoció –a través de la radicación mediante títulos de merced– tierras a poco más de dos tercios del total de la población mapuche de la época (77 mil de una población estimada en 110 mil), dejando al resto de ella sin tierras, obligándola a migrar a los centros urbanos (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003). La carencia o insuficiencia de tierras generó presiones adicionales que subsisten hasta hoy y que permiten comprender que, sumadas a las demás condiciones antes explicadas, el pueblo mapuche sea en promedio la población de origen indígena más expuesta a la migración campo-ciudad. Ello podría explicar que, según datos del censo 2002, "[a]l comparar la condición de migración, [...] las personas que declararon pertenecer a alguno de los pueblos indígenas migran con mayor frecuencia" (Aravena, Gissi, & Toledo, 2005, p. 121).

El proceso migratorio en la actualidad es diferente al experimentado en décadas pasadas (años 30-40 del siglo XX). En el caso de los pueblos indígenas del norte del país, en particular en el caso de los aymara, un factor determinante de la migración a contar de la década de los ochenta fue el de la apropiación, basándose en el Código de Aguas de 1981, de las aguas de propiedad ancestral de las comunidades, por parte de empresas mineras y sanitarias. La falta de agua en las comunidades andinas dificultó el desarrollo de las actividades agrícolas y pastoriles tradicionales, forzando a muchos a migrar a centros urbanos como Arica, Iquique y Calama (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003). Otro factor que ha incidido en este proceso es el mejoramiento de la conectividad y de la infraestructura que favorece comunicaciones regulares y expeditas entre el campo y la ciudad. De esta manera, muchos indígenas viven en la ciudad y en sus comunidades al mismo tiempo (Bengoa, 2007; Bello, 2002). Es precisamente el caso de los indígenas *likan antay* del Alto Loa, que viven en la ciudad de Calama y mantienen un contacto permanente con sus comunidades (Cupo, Chiu Chiu, San Pedro, entre otras), o de los indígenas mapuche que habitan en Temuco o Padre Las Casas, y que mantienen con sus comunidades de origen vínculos regulares.

Para los indígenas urbanos, los impactos estudiados están centrados en las dimensiones de la identidad cultural y las eventuales afectaciones al acceso a los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad y no discriminación.

En relación con los aspectos identitarios, es un hecho que la ciudad plantea el desafío de la resignificación, esto es, la recreación de la condición indígena. Es decir, se trata de una identidad que "[y]a no puede basarse en el concepto de comunidad, de *lof*, de reducción. La población [indígena] contemporánea se ve dificultada de concebir la identidad desde un solo espacio, como tampoco resulta fácil concebir que uno de los dos lugares, rural o urbano, sea el definitivo. Suele haber una migración periódica a lo largo del ciclo anual hacia ambos lados, del sur rural hacia el centro metropolitano y viceversa, retroalimentándose las experiencias y conocimientos de unos y otros sobre la ciudad" (Gissi, 2004, pág. 6). Esas resignificaciones, sin embargo, no son lineales, dependen de factores como la distancia entre la comunidad de origen y la ciudad. De esta manera, no es lo mismo la vivencia de la condición de indígena en la Región Metropolitana que en Concepción o Temuco, por ejemplo, y que en esta perspectiva "[c]ambia definitivamente el sentido de la resignificación de la identidad étnica y de sus adscriptores, cualquiera que éstos sean. En efecto, se constata que mientras más cerca se está de las comunidades menos importante resulta resignificar la identidad. De tal manera que aquí no cabría hablar de 'recreación' identitaria" (Aravena, Gissi, & Toledo, 2005, p. 122).

Estos vínculos con el lugar de origen han permitido estrechar no solo distancias sino permear las vivencias en la ciudad, y viceversa, influir en la comunidad de origen. De esta manera, por ejemplo, se ha estudiado que los aymara han logrado estructurar relaciones comerciales que han "[p]ermitido dominar el mercado de productos frescos de la ciudad de Arica. Tienen un hábitat urbano-costero, donde realizan sus negocios (Arica), poseen campos de producción de hortalizas en los valles y el ganado en la habitación tradicional de la altiplanicie andina" (Bengoa, 2007, p. 53).

Sea como fuere que estos procesos migratorios se encaren, lo cierto es que se observa en relación con las identidades indígenas urbanas, lo que algunos estudiosos denominan

procesos de "re-etnificación" (Gissi, 2004), probablemente como consecuencia de múltiples factores, entre los cuales está la emergencia en el debate público de la temática indígena, el desarrollo normativo del derecho internacional que reclama establecer relaciones fundadas en el respeto y reconocimiento de derechos, y la propia intervención del Estado mediante transferencias de beneficios y el diseño y ejecución de políticas públicas específicas hacia dichos colectivos. Diversos estudios confirman lo dicho. La conclusión de Munizaga (1961), Aravena (1995, 1999) y Gissi (2001, 2004), "[e]s que la identidad indígena, lejos de desaparecer, en la ciudad se recrea. Es más, toma la forma de una 'reivindicación de las particularidades distintivas' y de una 'explicación de la alteridad' que conducen a la 'formación de nuevas identidades urbanas'" (Rasse & Sabatini, 2013, pág. 185).

Esta resignificación de las identidades en la ciudad se puede observar, entre otras expresiones, en:

a) La expansión y crecimiento de las organizaciones indígenas urbanas[6], lo que se corrobora por el aumento de Asociaciones Indígenas urbanas registradas en CONADI (Aravena, Gissi, & Toledo, 2005, p. 122);

b) La resignificación de espacios urbanos para la celebración de actividades religiosas, deportivas, culturales y la instalación de centros comunitarios en las principales comunas con presencia indígena. Estas experiencias se pueden constatar en comunas como Cerro Navia, La Pintana, Pudahuel, Lo Prado y Peñalolén, y en la Región Metropolitana, entre otras, pero también en ciudades próximas a comunidades indígenas como Likan Ray. En todas estas ciudades y comunas existen centros ceremoniales indígenas, espacios colectivos administrados por los propios indígenas.

c) La irrupción de demandas indígenas propiamente urbanas, asociadas al ejercicio de derechos en la ciudad, como el caso reseñado al inicio del presente acápite. Otro ejemplo ilustrativo es la demanda de organizaciones mapuche de la comuna de Lo Prado por ser consultadas de conformidad al Convenio 169 de la OIT, por el proyecto de instalación de torres de alta tensión en el sector General Bonilla-Las Torres-General Buendía, a propósito de la extensión de la red del Metro de Santiago, al estimar que centros ceremoniales se verían afectados[7].

d) Como un correlato de la creciente importancia que los colectivos y personas indígenas adquieren a nivel de la ciudad, se puede mencionar la instalación de oficinas municipales de asuntos indígenas y la ejecución de planes específicos destinados a este sector de la población.

Con el objeto de conocer esta realidad, el INDH ofició a las municipalidades cuya población indígena es igual o superior al 30% del total de la población, de acuerdo con las cifras del censo 2002. Para abarcar la realidad indígena urbana se incluyó a las cinco comunas con más proporción de población indígena en la Región Metropolitana y a todas las capitales regionales. De las respuestas recibidas destaca la creciente preocupación de municipios eminentemente urbanos por este sector de la población. Entre otras acciones, se pueden señalar las emprendidas por la Municipalidad de Peñalolén. Esta repartición informa que desde el año 2010 cuenta con un Plan Operativo Anual dependiente de la Oficina de Pueblos Originarios[8]. Para este año 2013, dicho plan contempla como objetivos estratégicos "[f]omentar el ejercicio de derechos, de participación y desarrollo de las identidades indígenas en base al Convenio 169; potenciar el uso de espacios comunitarios, difusión y visibilización de los diversos pueblos originarios y las personas y/o comunidades indígenas de la comuna; y potenciar el área de fomento productivo de los pueblos originarios"[9]. A nivel de salud primaria municipal se informa que para el mismo periodo se ejecuta

6 "En la década de los 90, observamos un incremento sostenido de organizaciones mapuche urbanas (75%), constituyéndose en este período la gran mayoría de ellas. Esto coincide con hitos como la vuelta de la democracia en 1990, con el Censo de 1992 y la conmemoración de los 500 años de la conquista, con la promulgación de la Ley Indígena en 1993, y la creación posterior de la CEPI y CONADI, con la Oficina de Asuntos Indígenas (OAIS) de Santiago, y el resurgimiento de los conflictos con las forestales en el sur de Chile" (Varas, 2005, pág. 58).

7 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Cámara de Diputados Oficio Nº 675-2013 de 10 de octubre de 2013, dirigido al INDH en el que consulta sobre consecuencias que podría tener, a la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la instalación de torres de alta tensión.

8 Municipalidad de Peñalolén. Ord. ALC. Nº 200/4041 de 10 de octubre de 2013.

9 Ibídem.

un plan de salud intercultural, con fondos solicitados por organizaciones indígenas y financiados por el Servicio de Salud Metropolitano Oriente. Entre otras acciones está la atención en salud de machis en los Centros de Salud Familiar (CESFAM), dependientes del municipio o directamente en los sitios comunitarios –Ruka Folil mapu– gestionados por las organizaciones indígenas. En el caso de la comuna de San Ramón se informa que la Oficina de Asuntos Indígenas comenzó a funcionar en mayo de 2009 con el objeto de proporcionar "[a]tención y orientación respecto de subsidios y política pública orientada a los pueblos originarios"[10], y apoyo a "[c]eremonias tradicionales y religiosas de los pueblos originarios"[11]. En el caso de la comuna de La Pintana, desde el año 1997 cuenta con una Oficina de Asuntos Indígenas que tiene por objeto "[p]reservar la identidad cultural de los descendientes indígenas de La Pintana, a través de la realización de actividades culturales, la incorporación a becas y el potenciamiento de las organizaciones indígenas en el quehacer comunitario y social"[12]. Solo en la comuna de La Pintana funcionan 13 asociaciones indígenas, nueve de las cuales participan en la mesa comunal indígena. En la actualidad se indica que existen dos asociaciones indígenas (Taiñ Adkim e Inchiñ Mapu) que "[d]esempeñan salud intercultural en consultorios, con aportes obtenidos del Ministerio de Salud"[13]. El año 2009 se creó la Oficina de Asuntos Indígenas de la ciudad de Puerto Montt, dedicada entre otras actividades a "[i]nformar de los derechos y beneficios existentes para las personas que tienen y acreditan la calidad de indígenas; recatar y promover la cultura e identidad indígena"[14].

Se trata de experiencias que se corresponden con los obligaciones que el Estado de Chile ha contraído en materia de derechos de los pueblos indígenas, y que requieren ser alentadas y fortalecidas.

10 Municipalidad de San Ramón. Oficio Nº 414 s/f, recepcionado por el INDH el 18 de octubre de 2013.

11 Ibídem.

12 Municipalidad de La Pintana Oficio Ord. Nº 2500/597-4426 de 16 de septiembre de 2013.

13 Ibídem.

14 Municipalidad de Puerto Montt Ord. Nº 436 de 1 de octubre de 2013.

EJERCICIO DE DERECHOS SIN DISCRIMINACIÓN

Los procesos migratorios no solamente tienen un impacto en la identidad indígena, sino también en la discriminación que pudiera afectar a este sector de la población en el ejercicio y goce de derechos.

La evidencia indica que en materia de indicadores sociales (acceso a la salud, educación, previsión social y empleo, entre otros), la ciudad ofrece mejores condiciones de vida y, comparando la situación de la población indígena urbana con la de la población indígena rural, la primera cuenta con mejores indicadores de accesibilidad que la segunda (Espinoza & Rabi, 2013; Thiers, 2013; Bengoa, 2007). De ahí que se sostenga, por ejemplo, en relación con la educación, que "[l]a urbanización de las poblaciones indígenas ha sido acompañada también de un acceso mayor de los jóvenes indígenas a la educación estatal o formal, e incluso a la educación universitaria" (Bengoa, 2007, p. 53). Otro ejemplo es que mientras el 18% de los hogares mapuche sureño rural se ubica con ingresos sobre la media nacional, el 45% de los mapuche metropolitanos supera ese baremo. Otro tanto es posible de señalar respecto del acceso a servicios básicos como energía eléctrica y alcantarillado, en donde la ruralidad presenta mayores déficits en comparación a la realidad en la ciudad (Espinoza & Rabi, 2013).

Sin embargo, otro dato relevante son las brechas que exhiben los pueblos indígenas urbanos en materia de indicadores socioeconómicos (pobreza, salud, trabajo, etc.) en comparación con los habitantes no indígenas de la ciudad. Un interrogante importante, a los fines de determinar situaciones de discriminación en el ejercicio y goce de derechos, es evaluar –de acuerdo con los datos disponibles– en qué medida estas diferencias pueden explicarse basándose en la incidencia de la variable étnica.

El análisis de los indicadores de línea de pobreza, cobertura educacional y acceso a seguros de salud de la Encuesta Casen 2011 demuestran que en términos totales, la población indígena urbana se encuentra en peor situación en comparación con la población no indígena.

Si se observa la variable pobreza, se concluye que el 19,4 % de los indígenas urbanos viven bajo la línea de la pobreza, a diferencia del 14, 7% de los no indígenas.

SITUACIÓN DE POBREZA SEGÚN ETNICIDAD, POBLACIÓN URBANA, 2011

SITUACIÓN DE POBREZA EXCLUIDO S.D.PA	INDÍGENA	NO INDÍGENA
Pobres extremos	3,5%	2,7%
Pobres no extremos	15,9%	12,0%
No pobres	80,6%	85,3%
Total	**100,0%**	**100,0%**

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2011.

La situación de escolaridad también exhibe brechas. Mientras el 12,9% de la población indígena urbana alcanzó educación superior, el 20,7% de la población no indígena alcanzó el mismo nivel.

NIVEL DE ESCOLARIDAD ALCANZADA SEGÚN ETNICIDAD, POBLACIÓN URBANA, 2011

NIVEL EDUCACIONAL ALCANZADO	INDÍGENA	NO INDÍGENA
Nunca Asistió	7,0%	6,0%
Preescolar	7,4%	4,3%
Otro	0,4%	0,5%
Básica (o equivalente)	33,5%	28,1%
Media (o equivalente)	38,8%	40,3%
Educación superior	12,9%	20,7%
Total	**100,0%**	**100,0%**

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2011.

En materia de cobertura de seguros de salud existen diferencias de acuerdo con lo que evidencia la siguiente tabla.

SISTEMA DE SALUD SEGÚN ETNICIDAD, POBLACIÓN URBANA, 2011

SISTEMA DE SALUD	INDÍGENA	NO INDÍGENA
Fonasa	89,1%	79,6%
Isapre	7,0%	15,0%
Otro	3,9%	5,4%
Total	**100,0%**	**100,0%**

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2011.

El más reciente estudio[15] relacionado con esta temática concluye que las desigualdades exhibidas son "multidimensionales", es decir, no solo atribuibles a la variable étnica[16] (Durston, 2013). Es más, "[l]os hogares mapuche y aymara de Santiago, Temuco e Iquique muestran niveles de segregación menores o similares que los niveles de segregación de los hogares de estratos socioeconómicos bajos o populares" (Rasse & Sabatini, 2013, pág. 189). Las conclusiones de este estudio postulan que "[l]as formas de discriminación social reclamadas y el aislamiento social registrado tienen raigambre en las diferencias socioeconómicas más que en las étnicas; y, segundo, que los miembros de los grupos indígenas muestran altos grados de integración con personas no indígenas a nivel de relaciones cercanas e íntimas, al mismo tiempo que altos niveles de interacción con los miembros de su propia etnia" (Rasse & Sabatini, 2013, pág. 183). Sin embargo, el estudio desarrollado por Corporación Humanas en 2010 concluye que la discriminación experimentada por las mujeres indígenas en Chile sí tiene un componente étnico: las mujeres indígenas se consideran a sí mismas más discriminadas (99%) respecto de sus pares que no tienen ascendencia étnica, particularmente en ámbitos como la política, el trabajo y los medios de comunicación (Corporación Humanas, 2010).

La principal institución encargada de velar por el diseño e implementación de políticas públicas dirigidas a este sector de la población es la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Su mandato legal a este respecto es débil, pues de acuerdo con el artículo 77 de la Ley N° 19.253 tan solo "[p]odrá impulsar y coordinar con los Ministerios, Municipios y oficinas gubernamentales planes y programas que tengan por objeto lograr mayores grados de bienestar para los indígenas urbanos y migrantes, asegurar la mantención y desarrollo de sus culturas e identidades propias, así

15 Iniciativa desarrollada en el marco del Programa Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para la Prevención y Gestión de Conflictos Interculturales en Chile que, entre los años 2010 y 2012, reunió el trabajo de seis agencias del Sistema de Naciones Unidas (OIT, FAO, UNESCO, UNICEF, OPS y PNUD) y el Gobierno de Chile.

16 Para estos efectos, el estudio consideró a los pueblos aymara y mapuche, comparando el posicionamiento socioeconómico de sus miembros con quienes no pertenecen a ellos. Los datos utilizados provienen de la Encuesta de Caracterización Nacional CASEN del año 2009, cuya cobertura y representatividad resultaban adecuadas para los fines del estudio.

como velar y procurar el cumplimiento del artículo 8° de esta ley"[17]. Atendida la importancia y el peso demográfico de la población indígena urbana, así como las obligaciones que dimanan del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia, se requiere de una institucionalidad con la capacidad de abordar la realidad que se ha descrito de forma integral.

Al respecto, la CONADI informó al INDH[18] que es a través del Fondo de Desarrollo Indígena (FDI) que se focalizan las políticas públicas del Estado dirigidas a este sector de la población. Dentro de los objetivos estratégicos destinados a los pueblos indígenas urbanos, destaca aquel que busca "[a]umentar las oportunidades para el desarrollo integral de familias y organizaciones indígenas urbanas, mediante la implementación de instrumentos que mejoren el acceso al crédito y/o subsidios orientados, preferentemente, al desarrollo productivo, comercial y sociocultural"[19]. La CONADI señaló que para la población indígena urbana, el Fondo de Desarrollo "ha financiado varias líneas programáticas focalizadas exclusivamente para ellos/as, entre otros "Generación de Micro emprendimientos", "Incubadoras de Negocios", "Ferias de Productos Étnicos", definidas a partir de los lineamientos de la Dirección Nacional de CONADI y a través de los compromisos que establece cada Unidad Operativa con la población objetivo"[20]. El presupuesto destinado a estas actividades representó el 1,78% del presupuesto total asignado a CONADI para el año 2012. Un aspecto de preocupación para el INDH es que los recursos del Fondo de Desarrollo Indígena (FDI) estarían beneficiando mayoritariamente a personas naturales o a las comunidades reconocidas por la ley, y en menor medida a las asociaciones indígenas u otras organizaciones que se constituyen en los centros urbanos.

Adicionalmente, la CONADI cuenta con recursos del Ministerio de Desarrollo Social para ejecutar una línea concursable, dirigida a familias indígenas urbanas pertenecientes al Sistema Chile Solidario, cuyo objetivo es contribuir a mejorar las condiciones de ingreso y empleo de familias indígenas extremadamente pobres que habitan en sectores urbanos[21].

Otra fuente de financiamiento de CONADI es el Fondo de Cultura y Educación (FCE), que mediante sus programas Subsidio a la Capacitación y Especialización de Indígenas, Difusión y Fomento de las Culturas Indígenas, Manejo y Protección del Patrimonio Indígena, Aplicación del Diseño Curricular y Pedagógico Intercultural Bilingüe, y Recuperación y Revitalización de las Lenguas Indígenas, financia las iniciativas priorizadas por cada Unidad Operativa dependiente de CONADI. Sin embargo, solo la Oficina de Asuntos Indígenas (OAI) de Santiago destina la totalidad de los recursos asignados al FCE a financiar las demandas de la población indígena urbana, principalmente del Pueblo Mapuche, Aymara y Rapa Nui[22].

Se trata de esfuerzos significativos pero insuficientes, dada la proporción de la población indígena que vive en los centros urbanos. Dichos esfuerzos requieren ser fortalecidos tanto política como financieramente para poder abordar los principales problemas que afectan a la población indígena urbana. Adicionalmente, se requiere que el Estado atienda a esta realidad desde la especificidad étnica, no solo a efectos de dar respuesta cabal a los compromisos referidos a los pueblos indígenas, sino con el objeto de identificar y focalizar las políticas públicas de manera que estas sean pertinentes y eficaces.

Al respecto, se sugiere tener presente las recomendaciones del Informe de la Reunión Internacional de Expertos sobre Pueblos Indígenas Urbanos y migraciones, en particular en relación con la adopción de medidas para que los pueblos indígenas no sean objeto de ningún tipo de discriminación y/o exclusión en las zonas urbanas, garantizarles el derecho a una educación de alta calidad y culturalmente apropiada, asegurar la disponibilidad de una adecuada financiación para los indígenas urbanos y sus organizaciones, desarrollar estrategias en consulta con las organizaciones indígenas para la distribución de servicios sociales y públicos para poblaciones

17 El art. 8 señala que: "Se considerará falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura. El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales".

18 Ordinario Nº 566 del Director Nacional (S) de CONADI, de fecha 22 de octubre de 2013.

19 Ibídem.

20 Ibídem.

21 Ibídem.

22 Ibídem.

altamente móviles, para los indígenas sin hogar y para los pueblos indígenas que viven en condiciones precarias; así como recolectar datos ajustados, tanto cualitativos como cuantitativos sobre las condiciones de vida y experiencias de los indígenas urbanos (ONU-Hábitat, ACNUDH, UNPFII, CELADE-CEPAL, & OIM, 2007).

BIBLIOGRAFÍA

Aravena, A., Gissi, N., & Toledo, G. (2005). Los mapuches más allá y más acá de la frontera: Identidad étnica en las ciudades de Concepción y Temuco. *Sociedad Hoy* (8-9), 117-132.

Bello, A. (2002). Migración, Identidad y Comunidad Mapuche en Chile: Entre utopismos y realidades. *Asuntos indígenas* (3-4), 40-47.

Bengoa, J. (2007). Conferencia IntroductoriEmergencia indígena y la presencia de los indígenas en las ciudades de América Latina. *Pueblos Indígenas y Ciudadanía. "Los Indígenas Urbanos"* (pp. 41-63). La Paz: Fondo Indígena.

Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. (2003). *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas.* Santiago.

Corporación Humanas. (2010). *Percepciones de las mujeres indígenas y no indígenas sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2010.* Santiago.

Durston, J. (Ed.). (2013). *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales.* Santiago: PNUD.

Espinoza, V., & Rabi, V. (2013). La desigualdad social en las relaciones interétnicas en el Chile actual. En J. Durston (Ed.), *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales* (págs. 249-272). Santiago: PNUD.

Gissi, N. (agosto de 2004). *Los Mapuche en el Santiago del Siglo XXI: Desde la ciudadanía política a la demanda por el reconocimiento.* Obtenido de Cultura Urbana: http://cultura-urbana.cl/pdf/los-mapuches-en-el-santiago-del-siglo-xxi-gissi.pdf

Gissi, N. (marzo de 2004). Segregación Espacial Mapuche en la Ciudad: ¿Negación o revitalización identitaria? *Revista de Urbanismo* (9). Obtenido de http://web.uchile.cl/vignette/revistaurbanismo/CDA/urb_completa/0,1313,ISID%253D315%2526IDG%253D2%2526ACT%253D0%2526PRT%253D6418,00.html

INE. (s.f.). *Estadísticas Sociales Pueblos Indígenas en Chile Censo 2002.* Obtenido de http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/info_etniascenso2002.pdf

Munizaga, C. (1961). *Estructuras transicionales en la migración de los araucanos de hoy a la ciudad de Santiago de Chile.* Santiago: Universitaria.

ONU-Hábitat, ACNUDH, UNPFII, CELADE-CEPAL, & OIM. (2007). *Informe de la Reunión Internacional de Expertos sobre Pueblos Indígenas Urbanos y migraciones.* Santiago.

Rasse, A., & Sabatini, F. (2013). Alteridad étnica y socioeconómica en las ciudades chilenas. En J. Durston (Ed.), *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales* (págs. 183-209). Santiago: PNUD.

Ribotta, B. (julio de 2010). *Diagnóstico Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Chile. Documento de proyecto.* Obtenido de http://www.eclac.cl/celade/noticias/paginas/0/40390/chile_julio2010.pdf

Thiers, J. (2013). Los Mapuche en Santiago: algunos antecedentes empíricos. In J. Durston (Ed.), *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales* (pp. 153-158). Santiago: PNUD.

Varas, J. M. (julio de 2005). *La construcción de la identidad étnica urbana: Etnificación y etnogénesis del movimiento mapuche urbano organizado en la ciudad de Santiago 1990-2000. Tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Antropología y Desarrollo.* Obtenido de http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/varas_j/sources/varas_j.pdf

4

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

4

ANTECEDENTES

El Poder Ejecutivo envió en agosto de 2013 un proyecto de ley sobre migración y extranjería al Congreso Nacional[1]. El INDH valora la presentación de esta iniciativa de ley, con lo cual se acoge la recomendación hecha en tal sentido por el Comité de la Convención de los Trabajadores Migrantes y sus Familias y por el propio Instituto. La principal norma actualmente vigente corresponde a un decreto ley (DL 1094 de 1975), dictado en un contexto político donde la migración era mirada con sospecha y desde el paradigma de la seguridad nacional. El proyecto de ley abre la posibilidad de adecuar la legislación migratoria a la realidad actual de la movilidad humana en Chile y que su abordaje sea acorde a estándares de derechos humanos.

La necesidad de una nueva legislación y política pública migratoria se constata a diario dada la situación de vulneración de derechos que afecta a migrantes, solicitantes de refugio y refugiados/as en Chile[2]. Estas vulneraciones están relacionadas con las debilidades de las normas vigentes, la discrecionalidad de las autoridades migratorias y las prácticas institucionales no siempre acordes a principios de derechos humanos. A pesar de los esfuerzos realizados por el Estado[3], las dificultades que enfrentan determinados grupos de migrantes para ingresar al país[4], así como los largos trámites para lograr la estadía legal de aquellos/as que no residen en Santiago, los obstáculos en el acceso a salud y educación, y las precarias condiciones en que muchos/as viven dan cuenta del limitado impacto de la iniciativa estatal.

En mayo de 2013, el INDH realizó una misión de observación a Iquique y Colchane (INDH, 2013) en la que confirmó estos problemas, a lo que se agregan denuncias de organizaciones de migrantes y de otras organizaciones de la sociedad civil por rechazos en frontera a solicitantes de refugio, trato denigrante y discriminatorio de parte de los/as funcionarios/as hacia colombianos/as afrodescendientes, y arbitrariedades en la exigencia de requisitos poco claros para autorizar el ingreso al país –como los montos de solvencia o "bolsa de viaje"– a los/as migrantes en general y a ciudadanos/as de países del Mercosur, aun cuando estos/as últimos/as están exentos/as[5]. Las situaciones informadas dan cuenta de obstáculos al ingreso que tienen entre sus consecuencias el aumento de la migración irregular y del tráfico de migrantes[6].

1 Boletín 8970-06.

2 El INDH ha revisado estas situaciones en sus Informes Anuales 2010, 2011 y 2012.

3 Ley Nº 20.430 sobre la protección de los/as refugiados/as (2010) y su reglamento (2011), la Ley Nº 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal (2011), y disposiciones sectoriales como el Ordinario Nº 3.229 de 2008 del Ministerio de Salud, sobre la "Atención en salud de la población inmigrante en riesgo social y permanencia no regular" y Ordinario Nº 7/1008 de 2005 del Ministerio de Educación.

4 La propia prensa del país reporta lo siguiente: "Estadísticas de la Jefatura Nacional de Extranjería y la Policía internacional de la PDI indican que entre enero y septiembre de 2013, un total de 12.655 ciudadanos de otros países no fueron admitidos en los distintos puestos fronterizos chilenos. Esto implica un aumento de 33,2% respecto de igual período de 2012, cuando 9.500 personas fueron devueltas. Esta cifra de no admitidos superó a los reembarcados en 2011 (7.936) y 2010 (4.833)" (Rodríguez & Díaz, 2013).

5 Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Parte y de Bolivia y Chile, suscrito en 2002.

6 De hecho, en octubre de 2013, el INDH presentó ante la Corte de Apelaciones de Arica un recurso de amparo en favor de siete ciudadanos/as colombianos/as a quienes se les ha negado el ingreso al país como turistas aun cuando cumplen con los requisitos legales pertinentes. Rol 44-2013, presentado el 16 de octubre de este año.

Durante 2013 se han conocido nuevos casos de trata de personas y tráfico de migrantes, y en agosto se produjo la primera sentencia condenatoria en el país por trata con fines de explotación laboral[7], proceso que tuvo al INDH entre los querellantes[8]. El delito afectó a 63 ciudadanos bolivianos que, mediante engaño y aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad, fueron trasladados a Chile y obligados a trabajar en condiciones de explotación y servidumbre en la instalación de torres de alta tensión en la comuna de Molina. En la sentencia, el Tribunal de Garantía indicó que "a las víctimas se las ha transformado en vías útiles para la consecución de determinados fines –la instalación de torres de alta tensión para el beneficio de los imputados–, sin importar los medios empleados o degradación sufrida por los trabajadores en el proceso, y que se reflejan en el no pago de sueldos pactados, malas condiciones de vida, horarios extensos y extenuantes, irregular situación migratoria, entre otros aspectos. En concreto, la actuación de los acusados afectó la libertad personal de las víctimas, su integridad física y psíquica y la libertad de trabajo, en el sentido de su protección y libre elección"[9].

Los tiempos de detención de las personas extranjeras que esperan la ejecución de resoluciones de expulsión y las condiciones en que se ejecutan han estado en revisión durante el 2013, como consecuencia de recursos interpuestos por la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ) y el INDH. La Ley de Extranjería dispone que la autoridad policial debe ejecutar la medida de expulsión dentro del plazo de 24 horas (art. 90). Sin embargo, los medios de comunicación informaron situaciones que excedían los márgenes establecidos por la ley y en condiciones contrarias a la dignidad humana[10]. La Corte de Apelaciones de Arica –que conoció uno de los casos– acogió el recurso del INDH y en su sentencia estableció la ilegalidad y arbitrariedad de la detención y, dada la gravedad de los hechos, dispuso la remisión de los antecedentes al Ministerio del Interior y Seguridad Pública y al Director de la Policía de Investigaciones de Chile, "a fin de establecer las eventuales responsabilidades administrativas, y dado que esta situación, como es de público conocimiento, no parece ser un caso aislado, se establezcan protocolos que permitan dar cumplimiento a los requerimientos administrativos dentro del marco de la legalidad vigente, a objeto de poner término y evitar que actos de idéntica naturaleza se reiteren"[11]. Atendiendo a esta disposición, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública emitió un Protocolo de Actuación para la Expulsión de Extranjeros Infractores en marzo de 2013[12].

La legislación migratoria vigente, además de sus limitaciones y omisiones, entrega grados de discrecionalidad excesiva a las autoridades migratorias. De hecho, en julio de 2013 el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 13 primer inciso de la actual legislación migratoria que precisamente refiere a la discrecionalidad del Ministerio del Interior y Seguridad Pública en el

7 Juzgado de Garantía de Molina, sentencia en procedimiento abreviado causa RUC Nº 1300463325-8, RIT Nº 760-2013, de 27 de agosto de 2013. Además de este caso, en 2013 se informó a través de los medios de comunicación de la situación descubierta en el restaurante Jewels of India, actualmente en investigación por parte de la Fiscalía.

8 El INDH ha interpuesto querella criminal en cinco casos: en septiembre de 2011 presentó la primera, cuando se conoció el caso de 34 ciudadanos/as paraguayos/as sometidos a explotación laboral por parte de un empresario agrícola (causa aún en proceso, RUC 1110028038-K); la segunda corresponde a un caso de tráfico de migrantes que afecta a 43 ciudadanos peruanos, respecto de la cual el tribunal oral en lo penal de Santa Cruz emitió sentencia condenatoria en marzo de 2013. Ruc 1200236968-9; la tercera corresponde a un caso de trata de ciudadanas de República Dominicana y constituye la primera condena por trata de personas en la que se aplicó la legislación adoptada en abril de 2011; la cuarta, en agosto del 2012, por trata de personas que afecta a ciudadanas colombianas que fueron trasladadas con engaño a Chile y obligadas bajo coacción y amenaza a prostituirse, sobre la cual el 24 de octubre de 2013 el 4to Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dictó sentencia condenatoria (RUC 1200922694-8); la quinta, en 2013, por trata de personas y tráfico de migrantes respecto de ciudadanos bolivianos, referido antes en este informe.

9 Juzgado de Garantía de Molina, op. cit., Considerando Octavo.

10 Un caso se refiere a 17 migrantes que fueron privados ilegalmente de su libertad, en dependencias del Cuartel Policial de calle General Borgoño de la Policía de Investigaciones de Chile. En sentencia Rol Nº 351-2013, 9 de marzo de 2013, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de amparo en favor de estas personas presentada por la Corporación de Asistencia Judicial, que fueron puestas en libertad. El segundo caso afecta a una ciudadana colombiana, detenida en enero de 2013 en Arica y que recobró su libertad el 14 de marzo luego de que la Corte de Apelaciones acogiera favorablemente un recurso de amparo presentado por el INDH (ROL 1802-13, 18 de marzo de 2013). Ver Diarios The Clinic http://www.theclinic.cl/2013/03/07/video-asi-trata-la-pdi-a-los-inmigrantes-que-esperan-ser-expulsados-de-chile/, del 7 de marzo 2013, y EMOL http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/03/26/590319/suprema-ordena-investigar-la-detencion-de-17-inmigrantes-en-cuartel-de-la-pdi.html, del 26 de marzo 2013.

11 ROL 1802-13, 18 de marzo de 2013. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia (Rol Nº 1346-13 de 1ero de abril de 2013).

12 Oficio 18442 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública al INDH, 4 de septiembre de 2013.

otorgamiento y prórroga de visas y concesión de permanencia definitiva[13]. Actualmente, su potestad discrecional se aplica "atendiéndose en especial a la convivencia o utilidad que reporte al país su concesión", lo que resulta en la práctica en arbitrariedades contrarias a los principios de derechos humanos[14]. El pronunciamiento da respuesta a un recurso interpuesto en 2012 contra una resolución de expulsión de la autoridad migratoria, en la cual el INDH presentó un *amicus curiae*[15]. El Instituto opinó a favor de la declaración de inaplicabilidad del artículo mencionado, pues "vulnera el derecho a la no discriminación arbitraria al establecer una diferencia no justificada en razón de la nacionalidad, entre personas chilenas y extranjeras, en relación con el derecho a residir en el territorio nacional. Dicha norma establece que la residencia está sujeta a la "conveniencia o utilidad" de la concesión, imponiendo un requisito no exigido a las personas de nacionalidad chilena"[16].

La crítica realidad de los/as migrantes en Chile, en particular de origen latinoamericano, motivó la preocupación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, el que en su Informe de este año sobre Chile señaló:

> El Comité reitera su preocupación porque los migrantes, particularmente los de origen latinoamericano, continúan enfrentándose a discriminación y obstáculos en el ejercicio de sus derechos. Además nota con preocupación que ciertos medios de comunicación califican a los migrantes con prejuicios y estereotipos. Con respecto a los trabajadores migratorios en situación irregular en Chile, preocupa al Comité que el principio de *jus soli* no se aplique a sus hijos, lo que en algunos casos, podría conllevar a niños y niñas apátridas (arts. 2 y 5).
>
> El Comité reitera su recomendación al Estado parte de tomar las medidas necesarias y efectivas, incluyendo de orden legislativo, para garantizar en igualdad los derechos reconocidos por la Convención a los migrantes (CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 17). Además, recomienda que el Estado parte tome las medidas de educación y sensibilización necesarias y efectivas para combatir cualquier tendencia a estereotipar o estigmatizar a los migrantes. El Comité alienta al Estado parte a que el anteproyecto de reforma de la Ley de migraciones actualmente en curso asegure que los trabajadores migratorios en situación irregular puedan optar por la nacionalidad chilena para sus hijos en caso de carecer de nacionalidad y lo alienta a su pronta adopción. Por otra parte, el Comité alerta al Estado parte sobre la necesidad de implementar plenamente la Ley N° 20.507 que tipifica el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas[17].

En el presente apartado se revisa el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo a la luz de los problemas aquí señalados, desde la perspectiva de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos de los y las migrantes, refugiados/as y solicitantes de refugio, y de las víctimas de trata de personas.

PROYECTO DE LEY SOBRE MIGRACION Y EXTRANJERÍA

El proyecto presentado en agosto de 2013 propone una ley para "regular el ingreso, la estadía, la residencia y el egreso de extranjeros al país. Asimismo, esta ley regulará materias relacionadas con la vinculación y retorno de chilenos en el exterior…" (art. 2). Se compone de XVI títulos, en donde se establecen, entre otros, el ámbito de aplicación (Título I); los principios (Título II); las normas de ingreso y egreso (Título III), las categorías migratoria (Título IV) y un título específico a solicitantes de asilo (Título V); las infracciones y sanciones migratorias (Título VII), la expulsión y el retorno asistido

13 Rol Nº 2273-12-INA, "Alerte Daniel con Ministerio del Interior y Seguridad Pública" en relación con el Decreto Ley Nº 1.094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, promulgado el 14 de julio de 1975.

14 El artículo 13 inciso primero del DL Nº 1.094 dispone: "Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones".

15 Causa Rol Nº 2273-12-INA. El Tribunal no acogió el requerimiento respecto de los artículos 13, inciso segundo, 64, Nº 2º, y 67, inciso segundo, porque se produjo un empate de votos; no se alcanzó el quórum constitucional necesario para ser acogido.

16 INDH, amicus curiae Rol Nº 2273-12.

17 CERD/C/CHL/CO/19-21, párr. 18.

(Título VIII) y los recursos administrativos y judiciales de reclamación (Título X); y el modo de fortalecer la institucionalidad migratoria (Título XIV). El proyecto propone que la política migratoria se formule periódicamente –a través de la definición de las subcategorías de residencia temporal– en función de la realidad económica y social del país, y de la experiencia de las políticas que la preceden[18].

El INDH valora que el proyecto de ley incorpore de forma explícita derechos de la población migrante, así como las disposiciones sobre reunificación familiar y el reconocimiento de la condición de conviviente en el otorgamiento de visas, entre otras materias. Con ello, se subsanan déficits de la norma migratoria adoptada en 1975. Al mismo tiempo, el INDH considera que el proyecto contiene disposiciones que es necesario reconsiderar o precisar para el pleno reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes.

El Mensaje indica que los objetivos de la ley son "aprovechar las potenciales ventajas de la migración internacional en beneficio del país". La legislación a adoptar se concibe como una "herramienta capaz de atraer talento y fuerza laboral en sectores y lugares determinados". Para ello se propone la integración como eje de la reforma, la cual se promueve con incentivos a la regularidad migratoria y haciendo difícil la permanencia en condiciones de irregularidad. Adicionalmente, el proyecto postula que "[l]a migración regular permite también asegurar un adecuado control, manteniendo la seguridad nacional como un criterio informador de toda la legislación migratoria"[19]. El proyecto de ley tiene un marcado énfasis en la migración de carácter laboral, que se inserta de manera formal al mercado del trabajo en aquellos nichos en que se requiere conocimiento, experiencia y/o mano de obra, de lo cual el país carece o tiene déficit. En estas condiciones, el Estado podría garantizar la igualdad de derechos entre extranjeros/as y nacionales.

El INDH considera que la magnitud y complejidad de la movilidad humana hoy requiere que la legislación del país prevea los distintos escenarios en que la migración ocurre, así como las diversas motivaciones asociadas a ella. Sin desconocer la potestad estatal de definir el sentido y propósitos de la política migratoria, la falta de previsión de dichos escenarios puede conllevar el riesgo de excluir de la regulación a quienes no cumplen las características deseadas por el Estado, y con ello incentivar la migración irregular que es precisamente lo que se quiere evitar. A nivel mundial se reconoce que a la magnitud que han alcanzado los procesos de movilidad, se debe agregar la complejidad que los caracteriza –al punto que los paradigmas respecto de países de origen y destino han debido ser modificados para dar cuenta de las múltiples posiciones que un país puede tener en el circuito migratorio– y los cambios que provoca en las sociedades que expulsan y/o atraen población[20]. Chile no está al margen de esta realidad.

DE LOS DERECHOS

La regulación de los flujos migratorios es una tarea necesaria y hacerlo en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes constituye una obligación del Estado de Chile. Si bien se reconoce que, en el ejercicio de su soberanía, los Estados gozan de la potestad de diseñar sus políticas migratorias, esta tiene los límites que impone la protección de los derechos humanos de las personas migrantes. La Asamblea General de Naciones Unidas, los órganos que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) reconocen la particular situación en la que se puede encontrar la población migrante[21]. En opinión de la Corte IDH, "[g]eneralmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una

18 Boletín 8970-06. Mensaje, II. Fundamentos, 3. Una política migratoria bajo permanente análisis.

19 Ibídem. Mensaje, III. Contenido el proyecto, 1. Objetivos de la ley.

20 Los/as migrantes son cerca de 214 millones de personas, es decir, una de cada 33 personas en el mundo es un o una migrante. Organización Internacional para las Migraciones. Informe sobre las migraciones en el mundo 2011, pág. 53.

21 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes" de 24 de febrero de 2000. Entre otros, ver la Observación General Nº 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales del Comité DESC.; y la Observación general Nº 30 (2004) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, sobre los derechos de los no ciudadanos.

condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado"[22]. Por ello la comunidad internacional en forma explícita incluye la igualdad y la prohibición de discriminación por nacionalidad en los instrumentos de derechos humanos, y se ha dotado de tratados específicos que protegen los derechos de las personas migrantes. En razón del carácter universal e inalienable de los derechos humanos, el hecho de no ser nacional de un Estado no justifica la negación o el trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales.

El proyecto de ley propone como camino la integración total que se lograría con el deber que les cabe a los/as migrantes de cumplir a cabalidad con la legislación nacional, y el reconocimiento de la igualdad de trato y la no discriminación por parte del Estado. Este reconocimiento, sin embargo, no es suficiente para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. Se requiere la acción proactiva del Estado para, entre otros aspectos, erradicar la xenofobia y las actitudes y prácticas discriminatorias que se producen en Chile. El propio proyecto de ley utiliza un lenguaje poco adecuado a la luz del afán de integración que se busca alcanzar: el migrante es siempre extranjero –es decir, "que es o viene de país de otra soberanía", según la RAE, por tanto puede o no quedarse, puede o no interactuar con la comunidad– y pertenece a una cultura foránea. Para el INDH resulta de suma importancia que la legislación incluya disposiciones dirigidas a los distintos estamentos y servicios públicos en función de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación. En consonancia con los tratados de derechos humanos, el INDH ha indicado que la igualdad y no discriminación hacia las personas migrantes, así como el reconocimiento de su calidad de sujetos de derechos, sea cual fuere su estatus migratorio, son imperativos para el abordaje del fenómeno migratorio en el ámbito normativo nacional[23].

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMT) reconoce un amplio catálogo de derechos, con independencia de la condición migratoria de las personas, entre los que se incluyen la libertad de tránsito (art. 8), el derecho a la vida (art. 9), a no ser objeto de torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a no ser objeto de esclavitud, servidumbre ni trabajos forzosos (art. 11), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12), a la libertad de opinión y de expresión (art. 13), a la vida privada (art. 14), a la libertad y seguridad personal y a la protección efectiva del Estado (art. 16), al acceso a la justicia (art. 18), a la educación (art. 30), al trabajo y derechos laborales (arts. 25 y 26), a la seguridad social (art. 27) y a la salud (art. 28), entre otros. Sobre el abordaje del fenómeno migratorio, la Convención establece las condiciones que los Estados deben cumplir a los fines de abordar adecuadamente la movilidad humana con apego a los derechos humanos. En particular, promover condiciones equitativas y dignas para la migración[24]; abordar integralmente de las necesidades de las personas migrantes (entre estas, las sociales, económicas y culturales)[25]; y la generación de servicios apropiados para la migración, entre estos, la formulación de políticas, la colaboración entre Estados, y el suministro de información y

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Nº 18/03. La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Septiembre de 2003, párr. 112.

23 INDH, Informes Anuales 2010, 2011 y 2012. Ver capítulos sobre derechos de las personas migrantes y refugiadas.

24 "Los Estados Partes interesados se consultarán y colaborarán entre sí, según sea apropiado, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares" (art. 64.1, CTM).

25 "A ese respecto, se tendrán debidamente en cuenta no solo las necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo de los trabajadores migratorios y sus familiares, así como las consecuencias de tal migración para las comunidades de que se trate" (art. 64.2, CMT).

asistencia apropiada a la población migrante[26]. Por su parte, la Corte IDH –en la opinión consultiva antes referida– señala que "[l]os objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló (supra párrs. 84, 89, 105 y 119), las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables"[27].

El INDH valora que la promoción de derechos sea un principio inspirador del proyecto de ley de migración y extranjería. Al mismo tiempo, es necesario mencionar que la promoción de derechos es solo uno de los componentes de la obligación de garantía que le cabe al Estado respecto de los derechos humanos. Las obligaciones incluyen deberes de respeto de los derechos humanos, es decir, la abstención de parte del Estado de realizar acciones que puedan vulnerarlos, y de garantía, que se refiere a los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar. La Corte IDH señala que existe "un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación"[28], y agrega que "los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, incluidas las de carácter migratorio"[29]. En tal sentido, el INDH considera que la ley migratoria debe hacer mención expresa a los tratados internacionales ratificados y vigentes en el país. El contenido actual del proyecto de ley se circunscribe a las obligaciones consagradas en la Constitución y las leyes, y las disposiciones de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Sin desmerecer la importancia de esta ley, el INDH hizo ver en su oportunidad las limitaciones de esta norma en materia de prevención de la discriminación así como las dificultades que entraña "el conflicto entre derechos que plantea la norma al considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental…"[30]. En sentido similar, el Comité que vigila el cumplimiento de la Convención sobre la Erradicación de toda forma de Discriminación Racial reiteró este año a Chile su recomendación de "tomar las medidas necesarias y efectivas, incluyendo de orden legislativo, para garantizar en igualdad los derechos reconocidos por la Convención a los migrantes"[31].

Por otro lado, el INDH recomienda incluir el interés superior del/la niño/a y la reunificación familiar entre los principios orientadores del proyecto de ley. En la revisión de la situación de las personas migrantes y durante las misiones de observación desarrolladas por el INDH, se ha podido constatar que muchas veces tiene prelación una dificultad administrativa (un sello consular) por sobre los derechos de niños y niñas a no estar separados de sus padres/madres[32]. La propia Corte Suprema ha acogido recursos que apelan a procesos de expulsión en casos en que las personas afectadas tienen niños/as de nacionalidad chilena, precisamente en consideración a las disposiciones de la Convención sobre

26 "Los Estados Partes mantendrán servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares. Sus funciones serán, entre otras: a) La formulación y la ejecución de políticas relativas a esa clase de migración; b) El intercambio de información, las consultas y la cooperación con las autoridades competentes de otros Estados Partes interesados en esa clase de migración; c) El suministro de información apropiada, en particular a empleadores, trabajadores y sus organizaciones, acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración y el empleo, los acuerdos sobre migración concertados con otros Estados y otros temas pertinentes; d) El suministro de información y asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares en lo relativo a las autorizaciones y formalidades y arreglos requeridos para la partida, el viaje, la llegada, la estancia, las actividades remuneradas, la salida y el regreso, así como en lo relativo a las condiciones de trabajo y de vida en el Estado de empleo, las normas aduaneras, monetarias y tributarias y otras leyes y reglamentos pertinentes" (art. 65.1). Asimismo, "[l]os Estados Partes facilitarán, según corresponda, la provisión de servicios consulares adecuados y otros servicios que sean necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los trabajadores migratorios y sus familiares" (art. 65.2, CMT).

27 Corte IDH, *op. cit.,* párr. 168. En el párrafo 84, la Corte establece la diferencia entre distinción y discriminación; en el párrafo 89, la Corte se refiere a las consecuencias del trato diferenciado; en el párrafo 105 indica que los Estados solo pueden establecer distinciones objetivas y razonables; en el párrafo 119, la Corte establece que los Estados no puede discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes.

28 Ibídem, párr. 85.

29 Ibídem, párr. 101.

30 INDH, Informe Anual 2012.

31 CERD/C/CHL/CO/19-21, del 30 de agosto de 2013, párr. 18.

32 INDH, Misión de Observación a Iquique y Colchane, *op. cit*.

Derechos del Niño[33]. El ejercicio discrecional de la autoridad migratoria bien entendido debiera permitir resolver este tipo de situaciones y evitar que los niños y las niñas queden desprotegidos/as y en situaciones de vulnerabilidad. La Convención de los Derechos del Niño indica: "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares" (art. 10, 1).

Respecto de los extranjeros habitantes de la Zona Fronteriza, el proyecto establece que "[p]odrán ingresar en calidad de Habitante de Zona Fronteriza los nacionales y Residentes definitivos de Estados que sean fronterizos con Chile y que tengan domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional, siempre y cuando residan en una zona fronteriza definida por un convenio bilateral acordado por el Ministerio de Relaciones Exteriores previa consulta al Ministerio de Defensa Nacional, y cumplan los requisitos allí establecidos". Preocupa al INDH que esta norma pueda afectar la circulación de personas que actualmente existe en las regiones fronterizas dado que no queda claro cuáles serán los mecanismos para acreditar la nacionalidad. Se sugiere además que dichas normas se complementen con la obligación que establece el Convenio 169 de la OIT para poblaciones indígenas, en particular el artículo 32 de este tratado internacional: "Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente".

En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, el proyecto de ley reconoce de manera específica la igualdad de derechos y obligaciones; derechos laborales; acceso a la salud; acceso a la seguridad social y beneficios de cargo; acceso a la educación; reunificación familiar; y envío y recepción de remesas. El Instituto expresa su preocupación por la gradación propuesta en el articulado que distingue entre derechos de extranjeros y de extranjeros residentes, y asocia el goce de prerrogativas al grado de arraigo logrado –a partir de su propio esfuerzo y capacidad– por la persona misma.

En materia laboral, el proyecto reconoce los derechos laborales en condiciones de igualdad entre nacionales y migrantes, independientemente de su condición migratoria. Al mismo tiempo, mantiene la disposición del Código Laboral que obliga a que al menos 85% de los trabajadores de una empresa que ocupe a 25 trabajadores o más sean chilenos/as; solo excluye de este límite a aquellos "extranjeros cuyo permiso de residencia o permanencia tenga un plazo de estadía de menos de un año y no permita postular a una residencia definitiva"[34]. El proyecto de ley mantiene una barrera al acceso al mercado laboral de la población migrante; al respecto, el INDH y el Comité de Derechos de las Personas Migrantes han recomendado revisar esta disposición pues podía implicar un trato discriminatorio hacia la población migrante, sin perjuicio de aquellos rubros en que excepcionalmente se justifican tales barreras (INDH, 2011)[35].

En materia de prestaciones de salud y seguridad social de cargo enteramente fiscal, el acceso solo se otorga a aquellos residentes que hayan permanecido en el país por dos años en forma continua. Este plazo no está fundamentado y por tanto puede resultar arbitrario e injustificado negar, sobre la base del número de años de residencia, a una residente legal los beneficios del pre y posnatal o el acceso a la asignación familiar a una familia migrante que tiene residencia legal y vive en condiciones de extrema pobreza.

33 Rol 3057-13. En este caso, la Corte Suprema argumentó que de manera que "de ejecutarse la expulsión ciertamente transgrede el interés superior de la menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta".

34 Boletín 8970-06. Mensaje, III. Contenido el proyecto, 16. Límite de trabajadores extranjeros, pág. 33.

35 CMW/C/CHL/CO/1, 23 de septiembre de 2011, párrs. 44 y 45.

En materia de salud, a quienes tengan permanencia transitoria o irregular, el proyecto de ley garantiza acceso únicamente a atención de emergencia, mujeres embarazadas y niñas/os menores de dos años. El INDH ha podido constatar que en ocasiones se exige el pago de la atención en salud, aun cuando las personas no tengan los medios para ello[36]; se hace homologación a una consulta privada y no a una atención a persona indigente como sería el caso de un/a nacional sin recursos económicos[37]. La distinción, en estos casos, lesiona los derechos humanos de las personas afectadas. El INDH hace presente que deben cumplirse las obligaciones que, respecto de los/as usuarios/as del sistema público de salud, establecen las leyes 18.469 (especialmente sus arts. 2 y 17) y 20.584 (art. 2).

Los estándares de derechos humanos reconocen al Estado la posibilidad de diferenciación siempre y cuando esta sea razonable, objetiva, proporcional y no lesione derechos humanos. Los artículos en materia de derechos laborales, acceso a la salud y a la seguridad social del proyecto de ley requieren ser revisados para evitar diferenciaciones que pudieran constituir discriminaciones arbitrarias.

DE LA TRATA DE PERSONAS Y EL TRÁFICO DE MIGRANTES

En sus Informes Anuales anteriores, el INDH ha señalado que Chile se ha convertido gradualmente en un país de origen, tránsito y destino de trata de hombres, mujeres, niñas y niños con fines específicos de explotación sexual y trabajo forzado. En respuesta, se valora y destaca el funcionamiento de la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas y el plan de acción para 2013-2014. No obstante, tratándose de un tema relativamente nuevo y recientemente considerado por el Estado, subsisten problemas que requieren ser urgentemente abordados.

El acceso a la salud de las víctimas de trata no ha sido debidamente resuelto (en la actualidad se aplican las mismas disposiciones que para las personas en permanencia transitoria o en condición migratoria irregular). Tal y como lo señalan los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, el Estado debe "cerciorarse, en asociación con las organizaciones no gubernamentales, de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a atención primaria de salud y a atención sicológica"[38]. El INDH considera necesario garantizar a las víctimas de trata, independientemente de su colaboración en los procesos criminales, el acceso a programas de salud física y psicológica.

Si bien el proyecto de ley otorga un permiso de residencia temporal por seis meses a las víctimas de trata y permite solicitar residencia definitiva en casos en que estén en grave peligro su integridad física o psíquica en sus países de origen debido a las circunstancias del delito, resulta indispensable que se incorpore, como en otros países, la posibilidad de que las víctimas de trata que decidan permanecer en Chile puedan reunirse con sus familias.

Los casos de trata que han llegado a la justicia ponen en evidencia los desafíos respecto de la adecuada atención a las víctimas. El INDH considera indispensable que exista personal especializado en este tipo de delitos que pueda aclarar a los tribunales los procesos a que son sometidas las víctimas que, entre otros las lleva a retractarse de sus declaraciones, además de garantizar los recursos financieros que posibiliten la adecuada protección y apoyo a las personas afectadas (entre estos, servicios de traducción).

DERECHO A NACIONALIDAD DE LOS NIÑOS/AS DE PADRES/MADRES EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR

El proyecto de ley establece que el/la hijo/a de un/a extranjero/a transeúnte nacido/a en Chile que no tenga derecho a nacionalidad alguna podrá optar a la nacionalidad chilena (art. 166). A los efectos, el proyecto define como transeúnte a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición migratoria irregular.

36 Los casos conocidos por el INDH en Iquique y Colchane dan cuenta que mujeres migrantes irregulares y/o en situaciones de pobreza se han visto obligadas a firmar pagarés para acceder a la atención y a la documentación que emite el centro hospitalario para la inscripción del bebe nacido.

37 INDH, Misión de Observación a Iquique y Colchane, *op. cit*.

38 Consejo Económico y Social, E/2002/68/Add.1, 20 de mayo de 2002. Directriz 6: Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas, párr. 2.

A los efectos, el proyecto define como transeúnte a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición migratoria irregular. El INDH estima que esta disposición tiene la naturaleza de una ley interpretativa de la Constitución y que, por lo mismo, su aprobación debe cumplir con el quórum requerido por la Carta Fundamental. En cuanto al fondo, el INDH considera que la norma interpretativa debe ajustarse, en todo caso, al significado natural y obvio de la palabra transeúnte y al principio según, si la persona no tiene derecho a nacionalidad alguna, ella debe acceder a la nacionalidad chilena.

El derecho a la nacionalidad forma parte de los derechos reconocidos por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 20) y de la Convención de los Derechos del Niño (art. 7), entre otros. El INDH ve con preocupación que el proyecto de ley pueda establecer una diferencia injustificada y desproporcionada entre los hijos/as de los/as extranjeros nacidos en Chile en razón de su condición migratoria. En efecto, a quienes son hijos/as de padres en condición irregular, el proyecto permite optar por la nacionalidad chilena a condición que no tenga ninguna otra nacionalidad (art. 166, 2do párrafo). Los/as hijos/as de migrantes regulares, en cambio, pueden optar por la nacionalidad chilena sin tener que acreditar que puedan o no acceder a otra.

RESPECTO DE LAS PROHIBICIONES DE INGRESO

El proyecto de ley distingue entre prohibiciones imperativas y facultativas (arts. 26 y 27). Entre las primeras se incluye a "quienes posean antecedentes acreditados de conformidad con la legislación de sus respectivos países o de la Organización Internacional de Policía Criminal" (núm. 1); y "Padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria ha determinado que constituyen causal de impedimento de ingreso a Chile" (núm. 2). Entre las facultativas, "[r]ealicen o hayan realizado actos que puedan alterar las relaciones bilaterales…" (núm. 1); "… Hayan sido condenados en los últimos 5 años por actos que la ley chilena califique de simple delito…" (núm. 2); "Registren antecedentes policiales negativos en los archivos o registros de la autoridad policial…" (núm. 3). Las condiciones aquí destacadas, por imprecisión o desproporcionalidad, dejan además un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad a efectos de determinar la autorización o negación del ingreso al país.

Sobre el particular, la sentencia de julio de 2013 del Tribunal Constitucional aporta consideraciones de derechos humanos respecto del uso de esta discrecionalidad de la autoridad migratoria que debieran ser consideradas en el debate del proyecto de ley presentado. El Tribunal estimó que hoy "existe la necesidad de establecer reglas tasadas para disponer el rechazo de un visado en el país. Estas reglas se configuran por el nuevo estándar que se deriva de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional…"[39]. Ese estándar indica que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en el ejercicio de estas atribuciones "no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con los artículos 25 y 13, de dicho Pacto, y artículo 2º de la Ley Nº 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y psíquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 Nº 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona"[40].

39 Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273-12- INA, 4 de julio de 2013, considerando Cuadragesimonoveno.

40 Ibídem. Considerando Quincuagésimo.

RESPECTO DE LAS MEDIDAS DE EXPULSIÓN

El proyecto de ley propone causales para la expulsión de personas con permanencia transitoria y residentes, e incluye varias consideraciones que la Subsecretaría del Interior tendrá en cuenta al momento de resolverlas. Entre estas últimas, tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile (art 120 núm. 5), e hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva (núm. 6). Estas disposiciones constituyen un aporte a la ponderación caso a caso de las resoluciones de expulsión, tal como ha recomendado el INDH[41], y están en línea con sentencias de la Corte Suprema que han revocado órdenes en tal sentido en razón de los vínculos con el país de las personas afectadas[42].

Al mismo tiempo, el INDH considera oportuno revisar las disposiciones respecto de los recursos judiciales a los que pueden acceder las personas afectadas por órdenes de expulsión. El proyecto de ley establece que la reclamación la podrá hacer "el afectado por dicha medida por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas contado desde la notificación de la resolución respectiva" (art. 134). La Corte fallará breve y sumariamente, en única instancia, dentro de un plazo de cinco días. La interposición del recurso suspenderá la orden de expulsión "y durante su tramitación, se mantendrá vigente la medida de privación de libertad en los casos en que hubiere sido decretada, conforme a lo dispuesto en el artículo 126" (inciso segundo). Aun cuando es positivo que los recursos estén alojados en un tribunal superior, el hecho de que se trate de una instancia única sin apelación limita las posibilidades de las personas afectadas en la reclamación de la medida. En segundo lugar, el proyecto de ley no establece la obligación de poner a disposición del reclamante apoyo letrado para la interposición del recurso, aun cuando se establece que este debe ser fundado. La Corte IDH ha indicado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, entendiendo que tal proceso existe cuando "un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables [...] El desarrollo histórico del proceso, consecuentemente con la protección del individuo y la realización de la justicia, han traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de un abogado, que hoy figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados"[43]. Agrega la Corte IDH que "el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"[44].

En tercer lugar, preocupa la vigencia de la privación de libertad dada la disposición propuesta: "En todo caso, el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejando en libertad si la expulsión no se materializa una vez transcurridos cinco días desde el inicio de la privación de libertad. Posteriormente, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión en un plazo máximo de 48 horas" (art. 126). Aun cuando no se trata de un delito, se faculta a la autoridad administrativa para la privación de libertad por un periodo de 5 días, sin poner a la personas a disposición del juez, en circunstancias que para el delito flagrante el estándar es que a las 48 horas máximo. No existe norma legal alguna que permita, en este caso, a las fuerzas de orden y seguridad o a la policía de control migratorio (según se establece en el proyecto

41 INDH, Informe Misión de Observación a Iquique y Colchane, op. cit.

42 Corte Suprema de Justicia, Rol Nº 3057-13: "... en el presente caso la decisión ministerial revisada, sin perjuicio de lo expuesto en el motivo 3º) *ut supra*, no satisface tampoco las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria, al desatender completamente las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una pareja estable y cuatro hijos de nacionalidad chilena, uno de ellos menor de edad –según certificados de nacimiento que se adjuntan al expediente–. Sobre esto último, ya ha tenido oportunidad esta Corte de manifestar y explicar la importancia de la conformación de una familia en este país como elemento a ponderar al resolver la permanencia o expulsión de un extranjero, por imperativos constitucionales, así consagrados en el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental, como provenientes de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile, especialmente de los artículos 3, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. SSCS Rol Nº 3867-10 de 08.06.2010, Rol Nº 7018-2012 de 14.09.2012, Rol Nº 66-13 de 09.01.2013, Rol Nº 4466-13 de 11.07.2013, y Rol Nº 6366-13 de 03.09.2013)". Otras sentencias de la Corte Suprema de 2013 son Rol Nº 6649-13 y Rol Nº 400-13.

43 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, *op. cit.*, párr. 121.

44 Ibídem, párr. 124.

de ley), mantener detenida a una persona por más de 24 horas sin control judicial. El artículo propuesto no se ajusta completamente a las disposiciones constitucionales sobre el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (art. 19.7 CPR), especialmente en lo que se refiere a los lugares de detención. Sobre el particular, la Corte IDH ha indicado: "[…]la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención a partir de las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquel. De igual forma, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que "[t]odo (…) inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad"[45].

Respecto de los plazos para impugnar la declaración de expulsión, el INDH estima insuficientes las 48 horas. Se recomienda ampliarlo, basar su cálculo en días y respetando el artículo 25 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

SOBRE LA INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA MIGRATORIA

El proyecto propone fortalecer la institucionalidad vigente que atiende los asuntos migratorios y la configuración del Consejo de Política Migratoria con la función de suscribir la política y asesorar al Presidente en su formulación. El Consejo está integrado por los Ministros de Interior, Relaciones Exteriores y Hacienda. El INDH valora el fortalecimiento de la institucionalidad migratoria, hoy en día superada por la realidad de la movilidad humana en el país[46]. Al mismo tiempo, el Instituto hace notar que los ámbitos donde se produce gran parte de los problemas de derechos humanos son educación, salud, vivienda y trabajo, así como en los discursos y prácticas que reiteran prejuicios y reproducen comportamientos xenófobos y discriminatorios. El Instituto recomienda que se exprese la necesidad de tomar en cuenta estas situaciones y que se establezca un mecanismo para que las organizaciones de migrantes y otras de la sociedad civil que defienden sus derechos puedan presentar al Consejo los problemas que esperan que la política migratoria atienda.

En sus Informes Anuales anteriores, misiones de observación, y recursos judiciales y querellas, el INDH ha identificado realidades de discriminación y entornos de vulnerabilidad, entre otros, en las precarias condiciones de vida, la vulneración de derechos laborales, las desiguales oportunidades educativas para niños/as y jóvenes, y los obstáculos para acceder a atención de salud y vivienda adecuada. Estas situaciones no están suficientemente abordadas en el proyecto de ley en términos de establecer claramente las obligaciones del Estado para prevenirlas, sancionarlas y repararlas.

45 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C Nº 218, párr. 107.

46 La realidad migratoria en el país ha cambiado en sus características y magnitud. La institucionalidad actual fue concebida para otra migración, de los años setenta, y otro escenario político. Se agrega que los medios de comunicación han registrado el gran número de personas que acuden a las gobernaciones para resolver asuntos de migración, y en muchos casos se reporta de largas colas desde el día anterior para garantizar ser atendidos/as.

BIBLIOGRAFÍA

INDH. (2011). *Situación de los derechos humanos en Chile 2011*. Santiago.

INDH. (2013). *Misión de observación a Iquique y Colchane*. Santiago.

Rodríguez, S., & Díaz, F. D. (13 de octubre de 2013). Extranjeros devueltos a sus países en pasos fronterizos aumentan 33% en el último año. *La Tercera*.



DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS

Fotografía: Enrique Cerda



DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS

5

ANTECEDENTES

Las personas trans han sido en el pasado, y siguen siendo en la actualidad, víctimas de abuso, discriminación y persecución. En los últimos años se ha generado un movimiento a nivel global y regional, impulsado tanto por organizaciones de la sociedad civil como por organismos internacionales, que busca visibilizar la violencia, el odio y exclusión que sufren estas personas. La discriminación contra ellas se ha identificado como una de tipo estructural, esto es, "que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población está en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren por consiguiente de la adopción de medidas especiales de equiparación" (Abramovich, 2009).

Dado que la mayoría de las sociedades están estructuradas bajo la distinción de sexo entre hombre y mujer, la protección de los derechos de las personas trans que, por diversas circunstancias no se reconocen en ellas, constituye un desafío. Esta situación ha sido abordada por los Estados de manera gradual y en los últimos años se observa el desarrollo de nuevas normas que buscan incorporar una noción más amplia del género con el propósito de otorgar un efectivo reconocimiento y protección. Es el caso de Alemania, por ejemplo, que a partir del 1 de noviembre de 2013 es el primer país europeo en implementar además de masculino y femenino, un "tercer sexo" o categoría "indeterminado/a", admitiendo que los bebés cuya genitalidad no esté definida al momento de nacer no sean inscritos bajo ningún género. Por su parte, en mayo de 2012, Argentina promulgó la Ley de identidad de género con el propósito de reconocer el derecho de toda persona al libre desarrollo de su identidad, consagrando el derecho a rectificar el sexo registral y el cambio de nombre cuando estos no coincidan con la identidad de género autopercibida. En el 2011, por su parte, Australia, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Oficina de Pasaporte, habilitó la opción "X" aparte de las categorías "femenino y masculino" para la identificación de las personas, indicando que la "iniciativa va de acuerdo con el compromiso del Gobierno australiano de erradicar la discriminación con motivo de orientación sexual o sexo e identidad de género"; remarcando que "la política quita obstáculos innecesarios a la identificación del género preferido de una persona en su pasaporte"[1]. Lo anterior llevó a los servicios de Salud a remover las referencias de género en sus formularios, centrándose específicamente en las necesidades biológicas de los pacientes en lugar del sexo o género legalmente reconocido.

En Chile, durante el 2013 han tenido lugar hechos relacionados con el respeto y garantía de los derechos de las personas trans. El primero dice relación con el proyecto de ley sobre identidad de género presentado el 7 de mayo de 2013[2], que viene a dar respuesta a la falta de reconocimiento del género de su preferencia. Otro hecho relevante en este ámbito ha sido la implementación de la Ley Nº 20.609 que establece medidas contra la discriminación (también conocida como "Ley Zamudio"[3]). El mandato general consagrado en el Art. 1 de la ley señala que "[c]orresponderá

1 Ver CNN, http://mexico.cnn.com/salud/2011/09/16/hombre-o-mujer-indeterminado-la-nueva-opcion-del-pasaporte-australiano

2 Moción parlamentaria iniciada por los/as Honorables Senadores/as Señoras Pérez San Martín y Rincón y Señores Escalona, Lagos y Letelier, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, Boletín 8924-07.

3 Este año comenzó el juicio oral por la muerte de Daniel Zamudio ocurrida el 4 de marzo de 2012. El juicio comenzó el día 23 de septiembre con las declaraciones de dos de los imputados, las cuales reflejaron la violencia del crimen.

a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". En este marco, se considera la identidad de género y la orientación sexual una categoría sospechosa de discriminación.

En años anteriores, el INDH revisó algunos aspectos de la situación de los derechos de las personas trans, en el marco del análisis de los derechos de las personas de la diversidad sexual, como el derecho a la salud y la violencia de que son objeto. Este año, el Instituto concentra su análisis en el derecho a la identidad y su implicancia para un efectivo respeto y garantía de los derechos de las personas trans.

CONCEPTOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Una mirada integral a los derechos de las personas trans supone tomar en cuenta ciertos conceptos, en especial aquellos relativos a la orientación sexual e identidad de género. En esta materia, la Unidad LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex) de la CIDH[4] desarrolló en 2012 un estudio en el cual se ofrecen un conjunto de definiciones que pretenden contribuir a entregar mayor claridad en la materia. Corresponde mencionar que las taxonomías y definiciones identitarias no son permanentes y muchos de los conceptos a los cuales se alude aún se encuentran en construcción[5].

En este trabajo se entiende por "sexo", de acuerdo con dicha instancia, a las características biológicas de una persona. El "género" en cambio, alude a la identidad y a los atributos construidos socialmente en función de ser mujer, hombre, intersex[6], travesti, trans, dos espíritus[7], etc., incluyendo el significado social y cultural (Cabral & Leimgruber, 2012). La "orientación sexual" de una persona es "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas"[8]. Es en relación con la orientación sexual que se afirma que una persona es heterosexual, lesbiana, gay o bisexual.

Respecto de la "identidad de género", la Unidad LGTBI la define –recogiendo los Principios de Yogyakarta[9]– como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo), y otras expresiones de género,

4 Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012.

5 Para efectos ilustrativos se hará referencia a las definiciones desarrolladas en el informe citado.

6 Los conceptos de intersexualidad e intersex aluden a "términos biomédicos, vigentes desde comienzos del siglo XX en su sentido actual. La intersexualidad designa al conjunto de variaciones que pueden producirse en la bioanatomía de una persona –en particular los genitales–, respecto de la corporalidad masculina o femenina culturalmente estándar. Estas variaciones son muy diversas entre sí e incluyen, por ejemplo, micropenes, clítoris virilizados, ausencia de vagina, etcétera. Los niños y niñas intersex son por lo general sometidos/as a cirugías que buscan 'normalizar' la apariencia de sus genitales. Estas cirugías son denunciadas por el movimiento internacional de personas intersex como mutilaciones genitales infantiles intersex" (Cabral & Leimgruber, 2012).

7 Categoría identitaria proveniente de las culturas originarias de América del Norte; señala la convivencia del género masculino y el género femenino en la misma persona, integrados en una única identidad.

8 Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012

9 Documento elaborado por un grupo de especialistas en noviembre de 2006 y presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en 2007, que no ha recibido sanción oficial. Entre sus integrantes estuvo Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU e integrantes de los órganos que dan seguimientos a los tratados, jueces/zas, académicos/as y activistas por los derechos humanos. Los Principios de Yogyakarta son lineamientos orientadores que en su preámbulo observan "que la legislación internacional de derechos humanos afirma que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos; que la aplicación de los derechos humanos existentes debería tener en cuenta las situaciones y experiencias especificas de personas de diversas orientaciones sexuales e identidad de género", y "…que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres, y observando que la comunidad internacional ha reconocido el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente en asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin sufrir coerción, discriminación, ni violencia".

incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales". Esta categoría incluye en general al transgenerismo o trans, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido en forma tradicional asignada a este[10]. Las personas trans pueden construir su identidad de género independientemente de la opción que hagan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia físico-biológica a su realidad psíquica, emocional, espiritual y social. Se pueden identificar a personas trans mujer (cuyo sexo biológico de nacimiento fue identificado como masculino) y personas trans hombre (cuyo sexo biológico de nacimiento fue identificado como femenino).

El derecho a la identidad está reconocido en el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño. En virtud de una interpretación conjunta del principio de igualdad y no discriminación y del derecho a la vida privada, los organismos internacionales de protección han reconocido el contenido y alcance del derecho a la identidad para todas las personas, el cual tiene características específicas cuando se refiera a las personas trans.

Respecto del principio de igualdad y no discriminación este se erige como un fundamento del sistema internacional de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva sobre la "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" afirmó que "…el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens,* puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"[11]. En efecto, se encuentra reconocido en los diversos instrumentos internacionales, si bien en su formulación no contienen referencia explícita a las categorías de orientación sexual y a la identidad de género[12]. Sin embargo, en todas existe una mención a "cualquier otra condición", la cual constituye una cláusula abierta que permite ampliar a otras distinciones o categorías no señaladas expresamente que dan lugar a tratos y prácticas discriminatorias.

El Estado de Chile ya ha sido condenado por realizar distinciones discriminatorias en virtud de la orientación sexual en el caso Karen Atala y niñas. En dicho fallo, la Corte IDH determinó que "[t]eniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párr. s. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención"[13]. Por lo tanto, los Estados no deben adoptar normas, mantener legislación o prácticas discriminatorias basadas en la identidad de género de las personas. Esta obligación se extiende a todas las autoridades estatales y a los particulares, los cuales no podrán restringir los derechos de las personas de modo alguno por su identidad de género[14].

El Sistema de Naciones Unidas se ha pronunciado en el mismo sentido. Tanto el Comité de Derechos Humanos[15] como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[16], han sostenido que "la orientación sexual y la identidad de género son fundamentos prohibidos de discriminación con

10 Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012

11 Corte IDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

12 A excepción de la recientemente adoptada, pero aún no ratificada, Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, la cual se analiza más adelante en el documento.

13 Corte IDH, caso Karen Atala y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párr. 91.

14 Ello, sin perjuicio de que como reconoce la Ley Nº 20.609, esa categoría no podrá invocarse para justificar conductas contrarias a la ley o el orden público y, al mismo tiempo, que no podrá considerarse discriminación la distinción que se encuentra justificada en el ejercicio de otro derecho fundamental. Al respecto, cabe señalar que, en materia de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, la doctrina mayoritaria ha afirmado que, en los casos en que el valor o bien jurídico protegido entra en colisión con otros valores o bienes jurídicos, debe buscarse el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno a favor del otro.

15 Comité de Derechos Humanos, "Caso Young vs Australia", Comunicación CCPR/C/78/D/941/2000, Párr. 10.4; "Caso X vs Colombia", Comunicación CCPR/C/89/D/1361/2005, Párr. 9.

16 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.G. Nº 20, "La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales", párr. 32.

arreglo al derecho internacional" (Naciones Unidas, 2012). Asimismo, la Asamblea General de Naciones Unidas señaló que "el principio de no discriminación exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género"[17]. Se suman a esta tendencia los informes de los relatores especiales quienes han destacado la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género[18].

Por su parte, el derecho a la vida privada está compuesto por distintas dimensiones, entre ellas, el derecho a la autonomía. El artículo 17 del PIDCP reconoce el derecho a la vida privada y el artículo 11 de la CADH consagra el derecho a la protección de la dignidad y vida privada, señalando que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada ni en la de su familia[19]. Respecto del concepto de dignidad, la Corte IDH ha destacado[20] lo dicho por la Corte Suprema de México, que ha considerado que "de la dignidad humana [ ] deriva, ( ) el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende [ ] su libre opción sexual"[21]. En relación con la vida privada, tanto la Corte IDH como la Corte Europea[22] han entendido que "es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas"[23]. La Corte IDH[24] se ha remitido al Tribunal Europeo, para señalar que "el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo[25]. También ha establecido que la vida privada "abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo (…) la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales"[26]. Es decir, el derecho a la identidad está en directa vinculación con el respeto al derecho a la vida privada.

El derecho a la identidad se encuentra expresamente reconocido en la Convención sobre los derechos del Niño, que establece que "[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". Esta norma ha sido utilizada por la Corte IDH para precisar el derecho a la identidad definiéndolo "como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en

17 ONU, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, Párr. 3.

18 Visto en Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49,16 de Febrero de 2004, párr., 38. En el mismo sentido: Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr., 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párr.27 y 58; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, Párr. 89. g); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 17 a 25; y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 7/2002 (Egipto), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de enero de 2003, pág. 72, Párr. 28

19 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de 24 febrero de 2012, párr. 161.

20 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de 24 febrero de 2012, párr. 137.

21 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 263.

22 T.E.D.H. Costello-Roberts vs. Reino Unido, Sentencia del 25 de Marzo de 1993, Párr. 36.

23 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de febrero de 2012, párr. 162.

24 Ibídem, párr. 135.

25 T.E.D.H.: "Caso Pretty vs. Reino Unido", sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 61; "Caso Schalk y Kopf vs. Austria", Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 90; "Caso Dudgeon", Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; "Caso Burghartz vs. Suiza", Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 24; "Caso Laskey, Jaggard y Brown, Sentencia de 20 de Enero de 1997, párr. 36.

26 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr.143.

el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez [...]"[27]. En definitiva, si bien el derecho a la identidad no está expresamente consagrado en la CADH, la Corte IDH ha destacado la necesidad de hacer una interpretación evolutiva, señalando específicamente que "el Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana". No obstante, el artículo 29.c de este instrumento establece que "[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [ ] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno". Al respecto, la Corte ha utilizado las "Normas de Interpretación" de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa"[28].

A la fecha existen un conjunto de referencias específicas en el ámbito internacional de los derechos humanos sobre identidad de género y las orientaciones de los Estados en la materia, si bien no todas son vinculantes. En el ámbito universal destacan los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género[29]. Estos principios, que constituyen orientaciones para los Estados, a partir de la reafirmación de las normas legales que todos los Estados deben cumplir en relación con el principio de igualdad y no discriminación[30], abordan la situación de las personas trans y su protección jurídica. En relación con sus derechos, destaca particularmente el Principio 3º referente al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y en el cual se hace énfasis en que la definición de la identidad de género de cada persona es parte integral de su personalidad, y uno de los aspectos más básicos de la autodeterminación y la dignidad.

Los mecanismos de Naciones Unidas han documentado en las últimas dos décadas la afectación a los derechos humanos experimentada por las personas trans, en el marco de sus estudios sobre la situación del grupo LGTBI[31]. Las vulneraciones que se han reportado incluyen asesinatos, abusos sexuales y físicos, torturas, detenciones arbitrarias, la negación al derecho a reunirse, a expresarse e informarse, discriminación en el trabajo, salud y educación, y en el acceso a bienes y servicios, entre otros[32]. Así, el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la primera resolución en que expresó "su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo que se cometen contra las personas por su orientación sexual e identidad de género"[33]. En ella solicitó a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos la realización de un estudio a nivel mundial sobre las leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. El estudio da cuenta de un patrón de violencia y de la necesidad de que los Estados adopten medidas efectivas para contrarrestar las prácticas discriminatorias en materia de salud, empleo, educación, la derogación de leyes discriminatorias, y prevenir y sancionar la

27 Corte IDH, caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 123.

28 Corte IDH, caso Contreras y otros vs. El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 112.

29 Ver nota al pie 9.

30 Declaración Universal Art. 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 1.1, 2 y 24.

31 Entre ellos la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, los Órganos de Tratados de Derechos Humanos, Relatores Especiales, Grupos de Expertos, además de otros expertos designados por el Consejo de Derechos Humanos y su antecesor.

32 Observación General No. 2 CAT párr. 21 y 15 CAT/C/GC/2; Observaciones Finales del CAT de Estados Unidos (CAT/C/USA/CO/2), párr.32 y 37; Ecuador (CAT/C/ECU/CO/3), párr. 17; y Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr.6 (g); Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Togo (CCPR/C/TGO/CO/4), párr. 14; Uzbekistán (CCPR/C/UZB/CO/3), párr.22; Granada (CCPR/C/GRD/CO/1) párr.21; Chile (CCPR/C/CHL/CO/5), párr. 16; Observaciones Finales del Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Chipre (E/C.12/1/Add.28), parr.7; Observaciones Finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de Uganda (CEDAW/C/UGA/CO/7), párr. 43-44; y Kirguistán (*AG* A/54/38/Rev.1), párr. 127-128; y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño de Chile (CRC/C/CHL/CO/3), párr. 29; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria informe sobre Camerún (A/HRC/4/40/Add.1) y Egipto (A/HRC/13/30/Add.1).

33 Resolución A/HRC/RES/17/19, de 14 de julio 2011.

violencia[34]. En la guía "Nacidos Libres e Iguales", elaborada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos basada en dicho informe, se destaca sobre los derechos de las personas trans la violencia de la cual son objeto y como esta se expresa en múltiples formas: "puede ser física (asesinato, golpizas, secuestros, violación y abuso sexual) o psicológica (amenazas, coerción y privación arbitraria de la libertad, entre otras). Esos ataques constituyen una forma de violencia basada en el género motivada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas sobre género" (Naciones Unidas, 2012). El estudio de la Alta Comisionada antes referido, señala que en cuanto al reconocimiento de género en muchos países las personas trans no logran el reconocimiento legal de su género preferido, ni la modificación del sexo y nombre en los documentos de identidad expedidos por los Estados, y las consiguientes dificultades que ello representa para el ejercicio de otros derechos como trabajo, vivienda, crédito y otras prestaciones estatales. Por ello, el estudio concluye recomendando que se facilite el reconocimiento legal y se disponga la expedición de documentos de identidad sin conculcar otros derechos humanos[35].

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, por su parte, en el 2013, la Asamblea General de la OEA resolvió "Condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada"[36]. De este modo se confirman las preocupaciones abordadas por este organismo en resoluciones anteriores respecto de prácticas discriminatorias, la situación de defensoras y defensores de derechos humanos de personas LGTBI y los hechos de violencia que los han afectado[37].

A la labor de la Asamblea General de la OEA se suma el trabajo desarrollado por la Comisión IDH y la Unidad para los derechos de las personas LGTBI[38]. En su último período de sesiones, del 7 al 22 de marzo de 2013, la Comisión llevó a cabo las tres primeras audiencias regionales sobre la situación de derechos humanos de las mujeres lesbianas, la situación de derechos humanos de las personas intersex[39], y la situación de derechos humanos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (LGTBI) de diversidades ancestrales[40]. Asimismo, manifestó su preocupación por la información recibida respecto de

34 Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, fue aprobado el 17 de noviembre de 2011, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 19º período de sesiones, A/HRC/19/41. Utilizando como base dicho informe, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos elaboró la guía "Nacidos libres e iguales" en la que define las obligaciones legales de los Estados miembros y sienta las bases para la campaña global del mismo nombre lanzada el 2013.

35 Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, fue aprobado el 17 de noviembre de 2011, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 19º período de sesiones, A/HRC/19/41, párr. 71 y 84 h).

36 AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) aprobada el 6 de junio de 2013. Otros antecedentes son: Resoluciones de la Asamblea General de la OEA AG/2435 (XXXVIII-0/08) aprobada el 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) aprobada el 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10) aprobada el 8 de junio de 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11) aprobada el 7 de junio de 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12) aprobada el 4 de junio de 2012.

37 Las cinco resoluciones que la precedieron se titulaban "Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género"; esta última se titula "Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género"(el destacado es propio). Producto de esta nueva nomenclatura, diversos países de la zona del Caribe manifestaron su imposibilidad de sumarse al consenso por estimar que era un concepto "vago y no definido ni aceptado en el derecho internacional de los derechos humanos".

38 Comisión IDH, Comunicado de Prensa No. 115/11, "CIDH crea Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersex", 3 de noviembre de 2011.

39 La Comisión IDH manifestó su preocupación por los antecedentes recibidos sobre la situación de niñas y niños intersex que se ven sujetos a intervenciones médicas, sin su consentimiento informado o el de sus padres o madres, la mayoría de carácter irreversible y dirigidas a "normalizar" sus genitales en un intento por hacerlos parecer "más femeninos" o "más masculinos". La Comisión IDH hizo un llamado a los Estados en aras a adoptar medidas urgentes para revisar estas intervenciones médicas a personas menores de 18 años, a la luz del derecho de toda persona a la integridad personal, la dignidad, la privacidad, la identidad, la autonomía, el acceso a la información, los derechos sexuales y reproductivos y la salud.

40 En dicha audiencia se analizó información respecto de las diversas sexualidades de las personas indígenas y las violaciones a los derechos humanos que enfrentan. Específicamente sobre el impacto negativo de la colonización sobre las sexualidades y espiritualidades ancestrales de las personas indígenas. De acuerdo con la información presentada, la colonización ha dado como resultado la supresión de las sexualidades no heteronormativas de los pueblos indígenas, con consecuencias devastadoras, como la falta de aceptación, suicidio y autolesiones. Esta situación ha generado la afectación de los derechos humanos de las personas indígenas que son LGTBI y con sexualidades ancestrales diversas en relación, por ejemplo, con la protección contra la violencia y la falta de acceso a información en servicios de salud.

violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos que experimentan las personas intersex, simplemente porque sus cuerpos varían de los cuerpos de hombres y mujeres[41].

En junio de 2013, la Asamblea General de la OEA adoptó la "Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia"[42], la que aún no ha sido ratificada por ningún país y, por tanto, no ha entrado en vigor. Se reafirma en dicho instrumento el principio de igualdad y se reconoce que "la diversidad humana es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general", además de establecer el convencimiento que las actitudes discriminatorias "representan una negación de los valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías previstos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", entre otros instrumentos.

El texto jurídico destaca porque incorpora las definiciones de discriminación e intolerancia en todas sus manifestaciones –individual, estructural e institucional–, incluyendo los conceptos de discriminación indirecta y discriminación múltiple o agravada. En cuanto a las obligaciones de los Estados, allí se indica la adopción de medidas de acción afirmativa y políticas especiales a favor de personas o grupos que son discriminados tanto en la esfera pública como privada. En particular, esta Convención incorpora la orientación sexual, identidad y expresión de género como categorías sospechosas de discriminación[43]. Hasta ahora ningún tratado incorporaba expresamente tales categorías, si bien debían en razón de la interpretación evolutiva, entenderse incluidas en las cláusulas generales de no discriminación presentes en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos[44]. Destaca también la obligación de los Estados en relación con prevenir, eliminar y sancionar la discriminación e intolerancia que se expresa a través de los diversos medios de comunicación, incluyendo internet.

Hasta ahora el Estado de Chile no ha firmado la Convención en consideración a que "…el procedimiento de consultas jurídicas internas no ha finalizado"[45]. Esta situación originó un debate en el país, en el cual hay voces que plantearon que esta Convención afectaría derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas[46].

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Política de la República consagra en su artículo primero que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", reforzando el principio de igualdad y no discriminación reconocido como un fundamento del derecho de los derechos humanos. En igual sentido, el artículo 19 Nº 2 reconoce en favor de todas las personas el principio de igualdad ante la ley, protegiendo formalmente, a nivel constitucional, una esfera que incluye a las personas trans. Por su parte, la Ley Nº 20.609 que establece medidas contra la discriminación contempla la identidad de género y la orientación sexual como categoría sospechosa.

41 Anexo al Comunicado de Prensa emitido al culminar el 147 Período de Sesiones disponible en http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/023A.asp

42 AG/RES. 2804 (XLIII-0/13) aprobada el 5 de junio de 2013.

43 Artículo 1.1 "Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra". (destacado propio)

44 Sin perjuicio de la interpretación extensiva que se ha realizado de los tratados internacionales vigentes para incorporarlas dentro de la frase "cualquier otra condición social". A modo de ejemplo ver Caso Karen Atala y niñas vs. Chile, 24 de Febrero de 2012 párrafos 83 a 93.

45 OEA Asamblea General, 5 de junio, AG/RES. 2805 (XLIII-O/13). La Convención entrará en vigor cuando sea ratificada por dos Estados Miembros. A la fecha de elaboración de este informe Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador y Uruguay ya la habían firmado, sin ratificaciones a la fecha.

46 Respecto de la firma y ratificación de la Convención, el Arzobispo de Santiago, Ricardo Ezzati, envió una carta al Presidente de la República, Sebastián Piñera, en la cual solicitaba no ratificarla por estimar que era innecesaria, que excede el derecho chileno vigente y que importa un riesgo directo a la libertad religiosa. Ante la misiva existió una respuesta por parte de organizaciones de la sociedad civil, que afirmaron que la Iglesia no podía ni debía interferir en un Estado laico y que las expresiones contenidas en la misiva constituían una forma de perpetuar la situación de discriminación que afecta a diversos grupos.

A nivel sectorial, es posible encontrar normativa explícita dirigida a garantizar los derechos de las personas trans. En relación con el derecho de acceso a la salud de estas personas se emitió en un primer momento la Circular 34 del Ministerio de Salud (INDH, Informe Anual 2011, pág. 236) que reglamentaba la atención de salud referente a la identificación de la persona, el registro en ficha clínica y la hospitalización. La Circular señalaba que las personas trans sufrían de un "trastorno de la identidad sexual", abordando la situación de estas personas como una patología, y reforzando los prejuicios y estereotipos que se encuentran en base de las situaciones de discriminación que afectan a esta población. Además, el documento estaba redactado en términos facultativos señalando que los funcionarios de los servicios de salud debían "considerar en lo posible el nombre social". Por ello, el 14 de junio de 2012, el Ministerio emitió la Circular 21 que dio la instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial con términos imperativos, mencionando la necesidad de dar un trato digno e informado conforme al nombre social y el género con el cual cada persona se identifica. Se destaca asimismo, que al momento del registro, si bien se deja consignado el nombre legal, la identificación verbal durante la atención debe ser el nombre social. Por último, se considera la necesidad de tener resguardos específicos sobre los antecedentes quirúrgicos o de tratamientos hormonales a efectos de otorgar una atención médica adecuada.

El INDH valora esta nueva normativa por estar orientada a garantizar el acceso a la salud de las personas trans a través de un trato digno y respetuoso de sus derechos humanos. De este modo, el Estado está dando cumplimiento a los estándares internacionales, específicamente al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consagra el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) fijando el alcance de dicho derecho ha señalado que la salud "…no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud"[47]. Cabe destacar que el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud, obligación que ha sido desarrollada por el Comité DESC, señalando explícitamente a la identidad de género como un motivo prohibido de discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales[48]. Igualmente, el Principio 17 de los Principios de Yogyakarta, referente al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, exige a los Estados adoptar medidas con el fin de asegurar que los establecimientos y servicios de salud garanticen un trato no discriminatorio por razones de identidad de género.

Por su parte, el Servicio Médico Legal modificó sus protocolos para el examen de personas trans e intersex, a partir de un trabajo conjunto con la Organización de Transexuales por la Dignidad de la diversidad (OTD), basado en la Ley Zamudio y a normas internacionales, instruyendo el cumplimiento de la "Guía Técnica pericial de sexología forense para casos de personas trans e intersex"[49].

DERECHO A LA IDENTIDAD

Para las personas trans el reconocimiento de su identidad es relevante para el efectivo ejercicio de todos sus derechos. Como se desarrolló en estas páginas, el derecho a la identidad ha sido conceptualizado por la doctrina y consagrado tanto en la normativa internacional como nacional. Por su parte, el juez de la Corte IDH Ventura Robles, en voto disidente ha expresado que "el derecho a la identidad es un derecho complejo, que por un lado presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y contiene un conjunto de atributos y características que permiten

47 Observación General Nº 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr.8, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4.

48 Observación General Nº 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr.32, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

49 Ver Ordinario Circular N1297/2012.

individualizar a cada persona como única. Se deben tomar en cuenta elementos que componen a la identidad como (la) verdad biológica, familiar y social de una persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad. La identidad expresa lo más personal que hay en cada ser humano, proyectándolo en sus relaciones con sus semejantes y con el mundo exterior"[50].

En la Constitución Política, el derecho a la identidad se considera incorporado en virtud del art. 5 inciso segundo, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional al afirmar que "…aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país"[51].

En efecto, el derecho a la identidad está estrechamente relacionado con el derecho al nombre del cual todas las personas son titulares. El nombre es una derivación integral del derecho al desarrollo de la personalidad de cada ser humano, que mirado desde una perspectiva jurídica, se materializa como la facultad del individuo de proclamar su singularidad.

Ante la ausencia de normas específicas en este ámbito en particular, las personas trans han utilizado para ejercer su derecho a la identidad la Ley Nº 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos bajo ciertas causales y modifica la Ley Nº 4.808 sobre registro civil[52]. Para fundamentar las solicitudes se ha invocado, en particular, la causal referida a que cualquier persona podrá solicitar el cambio de nombres cuando estos sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente[53], y también la que dice relación con que las personas pueden cambiar su nombre "[c]uando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios"[54]. Para ello, la persona solicitante debe presentar tres testigos que lo acrediten, a lo que se suma una serie de publicaciones legales en el Diario Oficial a objeto de verificar que no exista oposición. Asimismo, el/la solicitante debe someterse a exámenes ante el Servicio Médico Legal para acreditar su calidad de trans y, en ocasiones, el tribunal solicita su opinión al registro civil por medio de oficios.

Dado que la interposición de las solicitudes de cambio de nombre de personas trans se ha basado en una interpretación extensiva de la normativa existente, las decisiones de los tribunales han sido disímiles y, por regla general, desfavorables para estas. En algunas oportunidades se ha rechazado de plano la demanda aludiendo la falta de normativa específica[55] y en otras se les ha denegado en virtud de que no presentaban intervenciones quirúrgicas o que no se habrían sometido a los tratamientos hormonales "pertinentes", los cuales a juicio de la magistratura eran determinantes para acceder a la petición. Asimismo, se identifican casos en los cuales solo se ha accedido al cambio de nombre, pero no al sexo registral[56]. Por último, hay casos en los cuales se accedió al cambio de nombre y sexo registral[57], destacando que los jueces son más proclives a conceder ambas solicitudes cuando se han sometido a algún tipo de intervención quirúrgica[58].

50 Voto disidente del Juez Juan Manuel E. Ventura Robles en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 14 y siguientes.

51 Tribunal Constitucional, Rol 1340-2009, sentencia 29 de septiembre de 2009.

52 El primer fallo pronunciado a favor del cambio de nombre de un personas trans fue en la causa "Zúñiga Olivares" conocida por el Cuarto Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta, Rol Nº 995-2005. El segundo fallo, que se pronunció en favor del cambio de nombre y también permitió la modificación del sexo registral, fue dictado en la causa "Rivera Duarte", conocida por el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Rancagua. Ambas sentencias emitidas el año 2007.

53 Ley Nº 17.344, art. 1 a.

54 Ibídem, art. 1 b.

55 Cuarto Juzgado de Letras Civil de Santiago, Rol V-91-2007; Vigésimo segundo Juzgado de Letras Civil de Santiago V-87-2007; Vigésimo segundo Juzgado de Letras Civil de Santiago V-88-2007.

56 Tercer Juzgado de Letras Civil de Santiago, Rol V-138-2010.

57 Sexto Juzgado de Letras Civil de Santiago, Rol V-235-2011; Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 204-2012; Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 949-2013.

58 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2451-2009; Tercer Juzgado de Letras Civil de Talca, Rol 19-2010.

En virtud de que se está utilizando una normativa no pensada para efectos del reconocimiento legal del género preferido, la exigencia de ser conocida por más de cinco años con un nombre distinto al de la partida genera para las personas trans exponerse por ese tiempo a una serie de situaciones discriminatorias, tanto en aspectos laborales, de participación política, como en materia de salud y en el caso de personas trans privadas de libertad[59], entre otras. Algunos tribunales exigen a los solicitantes la realización de exámenes médicos ante el Servicio Médico Legal[60], para efectos de formar su convencimiento y acceder al cambio de nombre y sexo registral. En efecto, dependerá del caso concreto la documentación necesaria para fundarla. En un comienzo los exámenes se desarrollaron sin ningún tipo de protocolo, y luego, según Memorándum 16/08 del 11 de abril del 2008[61]. Esto dio lugar a la realización de pericias atentatorias contra la dignidad de las personas al realizarse exámenes físicos completos, incluyendo revisión anal y vaginal con escalpelo, además de la toma de fotografías de genitales y revisión directa de los mismos con el fin de acreditar el sexo biológico[62]. Ante esta realidad, y como resultado del trabajo de la organización de la sociedad civil Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), se acordó con el Servicio Médico Legal un protocolo con el fin de garantizar un trato digno a las personas trans al momento de realizarse exámenes en el marco de solicitudes de cambio de nombre y sexo registral ante el servicio[63].

PROYECTO DE LEY SOBRE IDENTIDAD DE GÉNERO

En relación con este asunto, el INDH destaca la presentación del proyecto de ley sobre identidad de género el 7 de mayo de 2013[64]. La iniciativa legislativa consta de once artículos y establece una acción civil específica que será conocida por los Juzgados de Familia para el efectivo reconocimiento del derecho a la identidad de las personas trans. De acuerdo con una especialista en la materia, "el objeto que se pretende con esta ley es establecer una regulación eficaz y adecuada, en conformidad con las disposiciones constitucionales

59 El informe EPU de la sociedad civil 2013 señala: 28. Mujeres trans son encarceladas en establecimientos de hombres, siendo frecuentemente víctimas de abusos y violencia. No ha habido esfuerzos ni medidas concretas para abordar el problema de la carencia de normas internas en los centros de reclusión relativos a la protección de las personas LGBTI, lo que pone en riesgo la integridad física y psíquica de dichas personas. El INDH manifestó su preocupación sobre la situación de las personas LGBTI privadas de libertad en el Informe Anual 2012 pág. 152 y 153.

60 El Servicio Médico Legal consignó que las pericias registradas de transgénero en el período 2006-2012 con motivo de cambio de nombre y sexo fueron 72 solo para la Región Metropolitana. No informó sobre regiones dado que allí se contabilizan las pericias, pero no se registra el tipo de procedimiento que involucran. Oficio Nº 990 de fecha de 7 de octubre de 2013, en respuesta INDH.

61 En la parte del examen pericial decía lo siguiente: "Las personas Transgéneros que soliciten cambio de nombre, que llegan al Servicio Médico Legal con una orden judicial, son sometidas a un examen que consta de: a) Anamnesis próxima; b) Anamnesis remota; c) Examen físico extra-genital; d) Examen físico genito-anal, en el cual es necesario, para el examen del ano, solicitarle a estas personas que adopten la posición genupectoral, con lo que se logra una mejor observación de la región anal. Los exámenes de la región genito-anal, se efectúan bajo visión colposcópica. El examen genito-anal, debe ser cuidadoso, por cuanto se debe descartar, entre otras patologías, malformaciones y enfermedades de transmisión sexual o sus secuelas".

62 Relato de Andrés Rivera: "Fui al SML con el oficio del Tribunal, me hicieron pasar a un box de atención, el Doctor apenas me miró, puso su atención en el oficio del tribunal, cuando levanta la vista me dice que me desnude totalmente, me indicó me subiera en la camilla ginecológica, el médico hizo pasar a su secretaria, la cual no llevaba delantal, pero sí tenía en sus manos una cámara fotográfica, (…) el doctor me estimuló manualmente el clítoris para ver el crecimiento, me tomó los labios vaginales y los estiraba luego me hizo tacto anal, para ver si era virgen, su secretaria registraba fotográficamente cada situación. El doctor sin preguntarme nada, me introduce el espéculo en mi vagina, brutalmente, provocándome una herida interna y sangramiento, me fotografiaron, después el médico consignó en un informe lo que me hizo. Me sentí humillado, vejado y violado. Salí llorando del SML, seguí llorando en la calle y llegué llorando al Tribunal, le pregunté a la Jueza ¿Por qué me había enviado a eso?, ¿que buscaba?, que si ese era el costo para ser reconocido hombre, YO NO QUERÍA SERLO". Paciente Andrés Ignacio Rivera Duarte, Servicio Médico Legal de Rancagua, Doctor Bernardo Benjamín Barlaro Fuentealba. Testimonio disponible en Prensa OTD http://transexualesdechile.org/?p=7493

63 Con el apoyo del Director del Servicio Médico Legal, Patricio Bustos Streeter, y del Jefe del Departamento Jurídico del SML, Ignacio Suárez, el día 9 de noviembre de 2012 se concretó el trabajo realizado junto a OTD durante un año y siete meses. Según consta en Ordinario Circular Nº 1297/2012 que instruye el cumplimiento de la "Guía Técnica pericial de sexología forense para caso de personas trans e intersex".

64 Moción parlamentaria iniciada por los/as Honorables Senadores/as Señoras Pérez San Martín y Rincón y Señores Escalona, Lagos y Letelier, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, boletín 8924-07. Su formulación y presentación tienen como base la labor realizada por organizaciones de la sociedad civil, en especial por la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) apoyada por Fundación Iguales.

e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección en general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y al nombre de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género de quien lo solicita, contando así con un cuerpo legal adecuado que ponga término al uso indebido de otras normativas y cumpliendo de paso con estándares internacionales de derechos humanos que obligan a Chile" (Gauché, 2013). Sin embargo, también existen voces críticas sobre el proyecto, entre otras cosas, respecto de cómo la solicitud de cambio de nombre y sexo registral podría, de facto, constituirse en una vía para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Evidentemente, el debate sobre la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo es distinto y requiere ser abordado en forma separada de la discusión en torno a una legislación como la propuesta por el proyecto, que se refiere específicamente al derecho a la identidad de las personas trans. Sin perjuicio de que se trata de una observación legítima, cabe destacar que no cualquier persona podrá acceder al cambio de nombre y sexo, sino solo aquellas personas que acrediten ante el tribunal la incongruencia entre el sexo asignado en el registro y el nombre, la apariencia, y la vivencia física del cuerpo. Por otra parte, el propio proyecto contempla normas y sanciones dirigidas a evitar un mal uso de la normativa; por ejemplo, el artículo 8º del proyecto, en sus incisos segundo y cuarto, señala que no se alterarán los derechos y obligaciones jurídicas que correspondan a la persona con anterioridad (inciso segundo), y la utilización fraudulenta del nuevo nombre para eximirse de obligaciones contraídas con anterioridad será sancionado (inciso cuarto).

Así, el proyecto de ley consagraría, de aprobarse, un mecanismo de solicitud de cambio de nombre y sexo registral efectivo. El artículo 4 inciso séptimo del proyecto de ley, por su parte, establece que en ningún caso podrá el tribunal decretar de oficio que se realicen exámenes ante el Servicio Médico Legal u otra institución de salud para formar su convencimiento sobre la solicitud.

En definitiva, la práctica desarrollada por los tribunales en la actualidad de exigir intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales es contraria a los estándares de derechos humanos[65], dado que una persona trans no tiene la obligación de someterse a ningún tipo de intervención quirúrgica ni hormonal a menos que ella así lo desee, y sea resultado de una decisión personal e informada. En ningún caso puede constituir un requisito para el efectivo reconocimiento de su identidad. Es necesario señalar que este reconocimiento legal se encuentra actualmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos a nivel de recomendación, instando porque los Estados los reconozcan y tomando nota de aprobación de las legislaciones que lo permiten.

En virtud de lo señalado, el INDH destaca el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, que logró que senadores presentaran una moción, e instaló el debate sobre este tema, si bien el proyecto se mantiene todavía a nivel de personas mayores de 18 años, sin que exista una reflexión sobre la situación de los menores de edad. Se debiera evaluar la posibilidad de que los y las jóvenes trans puedan hacer uso del mecanismo judicial en discusión. Este tema importa muchas aristas, ya que involucra normas internacionales referidas al interés superior del niño[66] en este caso, en relación con el desarrollo progresivo de niños, niñas y adolescentes y el derecho a ser escuchados[67] en el marco de actuaciones legales que podrían llegar a afectarles, y que dicen directa relación con su sexualidad e identidad de género y al derecho de los padres sobre la educación y formación de sus hijos.

CANDIDATURAS DE PERSONAS TRANS

El reconocimiento efectivo de los derechos de las personas trans tiene incidencia en materia de participación política. Los Principios de Yogyakarta destacan el derecho a la participación en la vida pública indicando que "[t]odas las personas que sean ciudadanas gozarán del derecho a participar en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho

65 Como el principio de igualdad y no discriminación (Art. 1.1 y 24 CADH; 26 PIDCP), el derecho a la integridad personal (Art. 5 CADH; Art. 7 PIDCP) y el derecho a la vida privada específicamente el derecho a la autonomía (Art. 11 CADH; 17 CADH).

66 Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

67 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12 "El derecho del niño a ser escuchado", 20 de julio de 2009, CRC/C/CG/12.

a postularse a cargos electivos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de funcionarias y funcionarios públicos y al empleo en funciones públicas, incluso en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género"[68]. De esto se desprende el deber que tienen los Estados de garantizar la participación en la vida pública a todas las personas sin discriminación de ningún tipo.

Al respecto, el año 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebró una reunión regional sobre participación política de personas LGTBI donde se discutió la relación entre la discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género y la escasa o nula representación en cargos de elección popular de estas personas en la región. Específicamente sobre la discriminación y exclusión de las personas trans, se concluyó que enfrentan obstáculos en las distintas manifestaciones de la participación política, tanto al momento de votar y elegir a sus representantes como al minuto de ser candidatas a cargos de elección pública (CIDH, 2012).

En las pasadas elecciones municipales, celebradas el 28 de octubre de 2012 en 346 comunas del país, se presentaron cinco mujeres[69] trans como candidatas a Concejalas, dos de la cuales resultaron electas por votación popular[70]. En todos los casos, la ausencia del reconocimiento del género de su preferencia en la cédula electoral conllevó una serie de obstáculos para sus candidaturas, pues a pesar de su imagen y expresión de género femenina, en las papeletas de votación y en las campañas publicitarias aparecieron sus nombres legales masculinos y no su nombre social.

68 Principios de Yogyakarta, principio 25 sobre el derecho a participar en la vida pública.

69 Alejandra González, quien desde el año 2004 es Concejala por la comuna de Lampa y la primera mujer trans en llegar a un cargo de elección popular en América Latina, siendo reelegida con 1.097 votos (9,38%); Zuliana Araya, quien postuló a Concejala por Valparaíso apoyada por el Partido por la Democracia (PPD), fue electa con 2.556 votos (4,31%) y obtuvo la octava mayoría comunal; Pepa Flores Campos, candidata al Concejo Municipal de San Clemente, fue apoyada por Renovación Nacional (RN) y obtuvo 412 votos (2,49%); Tatiana Sepúlveda, candidata a Concejala de Talca por el Partido Regionalista Independiente (PRI), quien obtuvo 236 votos (0,50%); y Alexandra Bravo, quien representó al Partido Progresista (PRO) en la comuna de Cerro Navia y obtuvo 127 votos (0,32%).

70 Alejandra González en Lampa y Zuliana Araya en Valparaíso.

Este año, en el marco de las elecciones parlamentarias, nuevamente se evidenció la discriminación en materia de participación política que afecta a las personas trans. Este fue el caso de Valentina Verbal, quien al inscribir su candidatura a Diputada por el Distrito 19 (Independencia y Recoleta) para competir en el proceso de primarias de la lista Alianza por Chile solicitó al SERVEL que se reconociera y utilizara su nombre social, en tanto se reconoce como mujer trans. Dicha petición fue rechazada y le fue impuesto el uso del nombre con el cual fue registrada al nacer, el cual no coincide con su identidad de género, porque el SERVEL carece de facultades legales para hacer otra cosa. Ante ello se realizó un reclamo ante el Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL) contra la resolución del SERVEL con el fin de permitir que la inscripción de la candidatura contemplara su nombre social. Sin embargo, la petición fue declarada inadmisible por cuestiones procesales manteniéndose firme la decisión del SERVEL[71].

Si bien los estándares internacionales no obligan a los Estados a contar con una ley de identidad de género, sí les obliga a garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación en razón de la identidad de género. Al respecto, es importante señalar que el criterio de respeto del nombre social ya es utilizado por órganos públicos en Chile, específicamente por el Ministerio de Salud. Esta entidad, como se indicó precedentemente, por medio de la Circular Nº 21 del 14 de junio de 2012, instruye sobre la atención de personas trans en la red asistencial y releva la necesidad de que –aun cuando el nombre legal sea incorporado en los registros administrativos– se brinde un trato digno e informado conforme al nombre social y el género con el cual cada persona se identifica.

En este sentido, es importante recalcar la importancia de la utilización del nombre de género en el trato social, pues se relaciona directamente con el deber de respetar la identidad de las personas, situación que cobra particular relevancia cuando se trata de un grupo que experimenta una discriminación estructural en razón de su identidad de género. En relación con este punto, la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos muestra que un 39,6% de la población

71 Oficio Nº 336 del Tribunal Calificador de Elecciones, de fecha 2 de septiembre de 2013.

considera que los derechos de las personas trans no son respetados en Chile (INDH, en prensa).

Ante el escenario descrito, Valentina Verbal renunció a su candidatura por lo que considera un desconocimiento de su derecho a la identidad. Además, el pasado 17 de octubre presentó una acción antidiscriminación[72] en virtud de la Ley Nº 20.609, con el objeto de sentar un precedente en la materia[73].

72 Patrocinada por la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

73 A la fecha de elaboración de este Informe la acción se encuentra en tramitación.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de Derechos Humanos. *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, 6 (11), 7 - 39.

Cabral, M., & Leimgruber, J. (2012). *Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos.* Recuperado el 7 de octubre de 2013, de http://www.convencion.org.uy/lang/es/un-glosario-en-construccion-mauro-cabral-y-javier-leimgruber

CIDH. (2011). *Orientación sexual, identidad de género y expresiones de género: algunos términos y estándares relevantes.*

CIDH. (4 de diciembre de 2012). *CIDH celebra reunión regional sobre participación política de personas LGTBI.* Obtenido de CIDH Prensa: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/142.asp

Gauché, X. (2013). Algunas reflexiones sobre las razones que justifican una ley de identidad de género para Chile y una mirada al proyecto de ley ingresado el 7 de mayo de 2013 al Congreso Nacional. *Revista Electrónica Semestral del Programa de Mujeres, Género y Derechos Humanos,* 2 (I), 49 - 58.

INDH. *Informe Anual 2011*. Santiago de Chile.

INDH. (en prensa). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos.* Santiago.

Naciones Unidas. (2012). *Nacidos Libres e Iguales.* Nueva York-Ginebra.

5

Derechos económicos, sociales y culturales

1. Empresas y derechos humanos
2. Derecho a una vivienda adecuada
3. Derecho al agua
4. Derecho a la educación de calidad

1

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerda



1

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

Un tema que en las últimas décadas ha concitado la atención de la comunidad internacional es la relación entre las empresas y los derechos humanos. Ello es consistente con la importancia que este actor económico tiene en el desarrollo de la sociedad y en el mejoramiento de las condiciones de vida de la población, en la medida en que su acción respete el Estado de derecho y los derechos humanos. El papel de las empresas en una realidad globalizada es insustituible. Sin embargo, existen tensiones y motivos de preocupación cuando este actor lesiona o pone en peligro la dignidad y derechos de las personas. De esta manera, como se revisa en este apartado, se han generado pautas, principios y lineamientos en diversas instancias multilaterales, de carácter voluntario, no vinculantes y de naturaleza programática, que se orientan a delimitar la obligación de estos actores de respeto a los derechos humanos. Ello ha ido acompañado de una creciente valoración de la responsabilidad social por parte de las propias empresas, en el contexto de comunidades políticas cada vez más conscientes de sus derechos y de Estados cada vez más atentos en sus responsabilidades de regulación, fiscalización y de rendición de cuentas. Este panorama exige una reflexión de parte de los diversos actores de la sociedad, considerando que el sujeto tradicional del derecho internacional, y principal obligado por los derechos humanos, han sido siempre los Estados nacionales.

Como lo señalara en 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las instituciones nacionales de derechos humanos tienen el mandato de observar esta realidad a la luz de los estándares internacionales y demás esfuerzos normativos, a fin de contribuir a la promoción y protección de los derechos humanos en el territorio nacional[1]. En cumplimiento de su mandato, el INDH ha desarrollado y participado de diversas iniciativas relacionadas con esta temática.

En diciembre de 2012, el INDH lanzó la 'Serie Cuadernillos de Temas Emergentes" dedicando el segundo número al tema "Empresa y Derechos Humanos"[2]. En julio de 2013 el Poder Ejecutivo creó el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible, organismo de carácter multisectorial que tiene por misión definir una política nacional en materia de responsabilidad social empresarial. El Consejo es dirigido por el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, y está constituido por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y del Ministerio del Medio Ambiente; de la academia, organizaciones de la sociedad civil, del sector empresarial y por el INDH[3]. Esta instancia ha avanzado en elaborar una recomendación relativa a la aplicación de la metodología 'Reporte o Explique' a nivel de las grandes empresas públicas o privadas. Dicha metodología se inscribe dentro del fomento de prácticas de rendición de cuentas y consiste en el ejercicio de la opción –por parte de las empresas– de elaborar reportes o informes públicos acerca de sus políticas de sustentabilidad o, en su defecto, explicar las razones por las que no desarrolla tales políticas.

En agosto de 2013 el INDH participó del Primer Foro Regional del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas en Latinoamérica, celebrado en Medellín, Colombia. Esta iniciativa reunió a instituciones

1 A/HRC/RES/17/4. 6 de julio de 2011.

2 Disponible en la página web del INDH.

3 Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño. Decreto Supremo Nº 60 que crea el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible. Publicado en el Diario Oficial el 3 de junio de 2013.

nacionales de derechos humanos de la región, organizaciones de la sociedad civil, empresas y agencias estatales con miras a intercambiar experiencias de Responsabilidad Social Empresarial (RSE). En el foro se planteó una crítica desde las organizaciones de la sociedad civil, por el carácter no vinculante de las normas y principios que hasta la fecha han sido desarrollados en el ámbito internacional.

Adicionalmente, este año el INDH participó del Comité de la Sociedad Civil o "Comité Espejo" del Punto Nacional de Contacto (PNC), instalado en la Dirección de Asuntos Económicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. El PNC es una instancia que se crea, como se verá más adelante, al alero de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales[4].

Finalmente, en el año, el INDH llevó a cabo dos misiones de observación que tuvieron por objeto elaborar informes en relación con proyectos de inversión –públicos y privados– y las eventuales afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas[5]. En consideración a que se trató de misiones sobre proyectos de inversión cuyos titulares incluían a agentes no estatales y la eventual afectación de derechos fundamentales, se tuvo en consideración los Principios Rectores[6] que fijan los mínimos exigibles en la relación entre empresas y derechos humanos.

A continuación se ofrece una síntesis de los desarrollos normativos elaborados en el ámbito internacional y algunos casos sucedidos este año en el país que dan cuenta de las complejidades de la relación entre las empresas y los derechos humanos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El sujeto internacional obligado al respeto, garantía y protección de los derechos humanos es el Estado, de lo que se colige que son los agentes a su servicio, o personas o grupos actuando en aquiescencia o consentimiento del Estado, los responsables por la vulneración o puesta en peligro de los derechos humanos. Ello no significa que la acción de particulares o agentes no estatales sea indiferente al derecho internacional de los derechos humanos. Hechos o actos perpetrados por particulares, no imputables directamente al Estado, pueden atribuir responsabilidad estatal cuando este ha sido renuente a ajustar su conducta a los fines de prevenir, investigar, sancionar o reparar un hecho constitutivo de una lesión o puesta en peligro de un derecho amparado por el derecho internacional (López, 2011). La Corte IDH señaló desde su primera sentencia que "[u]n hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención [Interamericana sobre Derechos Humanos]"[7].

Un similar criterio ha sido desarrollado por el Comité de Derechos Humanos al sostener que la obligación de garantía supone proteger a la persona no solo de la acción de agentes del Estado, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades privadas[8]. De esta manera, este órgano de control ha señalado que el Estado incurre

4 "Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (las Directrices) son parte de la Declaración de la OCDE sobre la Inversión Internacional y Empresas Multinacionales del 21 de junio de 1976. Fueron elaboradas en un momento en que ocurrían rápidos cambios en la estructura y operaciones de las empresas multinacionales, las que estaban diversificando sus actividades e invirtiendo directamente en el extranjero, mientras se expandían hacia países en desarrollo" (FIDH, 2011, pág. 381).

5 En la primera misión, llevada a cabo entre los días 17 y 19 de mayo de 2013 en la Región de La Araucanía, se estudiaron en terreno proyectos de inversión en las comunas de Curarrehue, Quepe, Likan Ray y Melipeuco; la segunda misión se desarrolló en la Región de Atacama, donde se observó el impacto de las inversiones ejecutadas por la empresa estatal CODELCO sobre las comunidades indígenas Likan Antay del Alto Loa (Informe en elaboración).

6 Corresponden a los propuestos en el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Sr. John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos estos principios mediante la resolución A/HRC/RES/17/4 de 6 de julio de 2011.

7 Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Sentencia (Fondo) de 29 de julio de 1988, párr. 172.

8 El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General Nº 31, subrayó esta responsabilidad al señalar que "las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas […]".

en responsabilidad si tolera, permite o alienta que particulares o entidades privadas cometan violaciones a los derechos humanos, no adopte las medidas adecuadas, o no ejerza "[e]l cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado"[9]. Otro tanto ha sido sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esta vez en relación con el contenido de la obligación de proteger los derechos humanos, al aseverar que "[e]l incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros. Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente"[10]. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño aprobó a inicios del 2013 la Observación General N°16, en la que se abordan las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos de niños y niñas.

Si bien existe un consenso en cuanto al alcance, contenido y carácter vinculante de las obligaciones que pesan sobre el Estado, no sucede lo mismo en relación con las obligaciones que el sujeto no estatal tiene frente a los derechos humanos. Este es un tema que ha despertado el interés creciente de la comunidad internacional y actores nacionales como organizaciones no gubernamentales y académicos.

Los órganos de tratado de Naciones Unidas han abordado esta materia dando algunas orientaciones referidas a la responsabilidad de las empresas, como actores no estatales, en el cumplimiento de los derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha relevado el rol de las empresas privadas en la realización del derecho a una alimentación adecuada[11], al disfrute del más alto nivel posible de salud[12] y el derecho al trabajo[13].

Consciente de la importancia que representa en el mundo globalizado la acción de los agentes no estatales, en particular de las empresas, el Consejo de Derechos Humanos creó el año 2011 el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos[14]. Esta instancia reemplazó la figura del 'Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas', cargo que ejerciera el profesor John Ruggie, quien tuvo la misión de sistematizar un conjunto de normas aplicables al Estado y a las empresas, con un enfoque de derechos humanos, cuyo resultado presentó al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en marzo de 2011. Este informe y propuesta, denominado 'Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos'[15], representan una síntesis de los consensos alcanzados en el ámbito de las Naciones Unidas hasta el momento. Se trata "[…] de un *corpus* no vinculante, de naturaleza voluntaria, programática y no justiciable en el ámbito internacional, asentado en el principio de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y la de sujetar su conducta a la debida diligencia" (INDH, 2012, pág. 10).

Los Principios Rectores se construyen sobre la base de tres conceptos fundamentales: proteger, respetar y remediar. Estos Principios permiten distinguir los ámbitos de responsabilidad de los Estados y las empresas. Al Estado le corresponde la obligación de proteger los derechos humanos de la eventual acción de agentes no estatales. Esto incluye implementar medidas de prevención y de reparación en

9 Comité de Derechos Humanos. Observación general Nº 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. 26 de mayo de 2004, párr. 8.

10 Comité DESC. Observación general Nº 18. El Derecho al Trabajo. E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006, párr. 35.

11 Comité DESC. Observación general Nº 12. El derecho a una alimentación adecuada. E/C.12/1999/5. 12 de mayo de 1999, párrs. 20 y 27.

12 Comité DESC. Observación general Nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000, párrs. 42 y 55.

13 Comité DESC. Observación general Nº 18. El Derecho al Trabajo. E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006, párrs. 25 y 52.

14 Consejo de Derechos Humanos. Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. 17º período de sesiones. A/HRC/RES/17/4. 6 de julio de 2011. El principal ámbito de acción que le confiere el mandato al Grupo de Trabajo es el de promover, fomentar la capacidad y la utilización de los Principios Rectores, y, cuando se le solicite, brindar asesoramiento y recomendaciones a los Estados o a las empresas.

15 A/HRC/17/31.

el evento de violarse los derechos humanos como consecuencia de la acción empresarial, lo que supone proveer los recursos judiciales y no judiciales a los/as afectados/as[16]. En cumplimiento de este deber corresponde a los Estados, entre otros aspectos, "a) hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; y b) asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas" (Principio 3).

Además, los Estados deben asegurar la coherencia política de sus distintos departamentos y organismos gubernamentales a los fines de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos (Principio 8). De acuerdo con los mismos Principios Rectores, dicha coherencia estatal también debe estar presente en el contexto de la celebración de acuerdos o tratados de inversión. Ello al establecer que los Estados "deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión" (Principio 9)[17].

Para las empresas, respetar los derechos humanos "[a]barca, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo" (Principio 12). Por lo tanto, y al igual que para el Estado, la obligación de respetar supone abstenerse de afectar los derechos de terceros y hacerse responsable de las consecuencias dañosas que la actividad empresarial ocasione en la esfera de su influencia[18]. Por su parte, prevenir los impactos de su actividad sobre los derechos humanos (Principio 17) requiere satisfacer el precepto de la debida diligencia, que se puede definir "como el deber de la organización empresarial de identificar, prevenir y abordar los impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos, resultantes de sus actividades o de aquellos con los que tienen relación" (INDH, 2012, pág. 11).

Más aún, en el Principio Rector 22 se establece que "[s]i las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos"[19].

En marzo de 2013, el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos emitió su Informe con el objeto de avanzar en la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos[20]. Se recomendó desde esa instancia designar a nivel de los gobiernos un responsable para la aplicación de los Principios Rectores y transversalizar en los órganos del Estado con competencia en estas materias, el enfoque de estos principios; revisar el marco jurídico, normativo y prácticas del Estado con el objeto, entre otros, de identificar algunas normativas en materia de protección y de acceso a los mecanismos de reparación; fortalecer la capacidad de las instituciones nacionales de derechos humanos; celebrar consultas y diálogos entre todos los actores involucrados con miras a la implementación de los principios rectores; y considerar la confección de un plan de acción sobre la aplicación de los Principios.

A este marco normativo se agregan un conjunto de otros principios y directrices que ofrecen lineamientos acerca de la responsabilidad social empresarial, que incluye los derechos

16 Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. A/HRC/23/32. 14 de marzo de 2013, párr. 19.

17 Al respecto cabe señalar que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, en un informe de 2013 sobre la aplicación de los principios rectores sobre la materia a los pueblos indígenas, ha señalado: "Aun cuando una de las finalidades de los acuerdos de libre comercio y los acuerdos bilaterales de inversión es aumentar el crecimiento económico promoviendo y protegiendo el comercio y las inversiones internacionales, pueden debilitar la capacidad de los Estados de regular en el plano interno y, por consiguiente, limitar su capacidad de adherirse a nuevas obligaciones internacionales de derechos humanos o a nuevas normas". A/68/279, 7 de agosto de 2013, párr. 17.

18 "La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a estas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos". A/HRC/17/31. Principio 13.

19 A/HRC/17/31. Principio 22.

20 A/HRC/23/32.

humanos, las prácticas del trabajo y de empleo, las cuestiones medioambientales y la lucha contra el fraude y la corrupción[21]. Se trata de instrumentos, no vinculantes, de cumplimiento voluntario y carácter programático constituido por: 1) La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo/OIT[22]; 2) La iniciativa 'Pacto Mundial de las Naciones Unidas'[23]; 3) Las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos[24].

La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT define pautas aplicables en materia de empleo, formación profesional, condiciones de trabajo y relaciones laborales, específicamente referido a empresas multinacionales. Se insta a empleadores, gobiernos y trabajadores a "[…] respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos internaciones correspondientes adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y sus principios […]"[25].

Por su parte, la iniciativa 'Pacto Mundial' nacida a instancias del Secretario General de las Naciones Unidas (1999), busca que las empresas asuman un compromiso voluntario en torno a diez principios relacionados con los derechos humanos, los derechos laborales, de protección ambiental y la lucha anticorrupción. Para el Pacto, los derechos humanos son los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (OPMNU y ACNUDH, 2010, pág. 16).

Las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (2003) instaban a que las empresas asumieran la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos[26] y los derechos "[c]onsagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar"[27].

Otros esfuerzos dirigidos a similares objetivos son las acciones emprendidas por agencias de regulación del comercio mundial como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales[28]. Por último, se puede mencionar la Norma ISO 26.000, Guía de Responsabilidad Social, adoptada en Chile por el Instituto Nacional de Normalización (NCh-ISO 26.000)[29], en el año 2010.

Las Líneas Directrices de la OCDE para empresas lo constituyen un conjunto de recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales, en términos de "[p]rincipios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables y las normas internacionalmente admitidas"[30]. Una de las obligaciones que se derivan de este instrumento es la de establecer el Punto Nacional de Contacto (PNC), a los fines de "[r]eforzar la eficacia de las [directrices] llevando a cabo actividades promocionales, contestando a las consultas y participando en la solución de los problemas que plantea la puesta en práctica de las Directrices en circunstancias

21 Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la Unión Europea para el 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. COM (2011) 681 final. 25 de octubre de 2011, párr. 3.3.

22 Adoptada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1977 y enmendada en 2006.

23 En 1999, en el Foro Económico Mundial de Davos (Suiza), el Secretario General propuso un "Pacto Mundial" entre las Naciones Unidas y el mundo de los negocios.

24 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003.

25 Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, párr. 8.

26 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003, preámbulo.

27 Ibídem, párr. 1.

28 "Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (las Directrices) son parte de la Declaración de la OCDE sobre la Inversión Internacional y Empresas Multinacionales del 21 de junio de 1976. Fueron elaboradas en un momento en que ocurrían rápidos cambios en la estructura y operaciones de las empresas multinacionales, quienes estaban diversificando sus actividades e invirtiendo directamente en el extranjero, mientras se expandían hacia países en desarrollo" (FIDH, 2011, pág. 381).

29 Primera Edición de 11 de enero de 2010. Declarada Oficial por Resolución Administrativa Exenta Nº 2486, de 31 de diciembre de 2010, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y publicada en el *Diario Oficial* el 11 de enero de 2011.

30 Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales Revisión 2011, prólogo, párr. 1.

específicas"[31]. En cumplimiento de esta última función el PNC recibe casos de actores empresariales que se encuentran en disputa en relación con cómo aplicar las directrices. Este instrumento fue actualizado el año 2011, inspirándose actualmente en los Principios Rectores de Naciones Unidas[32]. El año 2001 se estableció oficialmente el Punto Nacional de Contacto de Chile. Desde el año 2011 a la fecha el PNC ha recibido un solo caso en el que una Pyme chilena denunció a una multinacional minera de origen australiano[33].

A estos esfuerzos se suman otras iniciativas de algunos Estados por extender estos principios. Un ejemplo de ello es la estrategia renovada de la Unión Europea para el período 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. El año 2011 la Comisión Europea actualizó definiciones y líneas de acción y definió la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) como la "[l]a responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad"[34].

Como se aprecia, se ha ido construyendo un andamiaje normativo de carácter programático y voluntario que, sobre la base de estándares de derechos humanos vinculantes, se orienta ya no solo a regular la relación del Estado con el individuo, sino a cristalizar obligaciones directamente a los agentes no estatales en sus relaciones con las personas. La vigencia de los derechos humanos en esta relación se ha denominado el 'efecto horizontal' de los derechos humanos (Aguilar & Contreras, 2007). Ello es expresión del carácter dinámico y progresivo que los derechos humanos alcanzan en una sociedad globalizada, en que las amenazas, como consecuencia de las asimetrías de poder, ya no tendrían su origen solo en el aparato estatal. De este modo, y sin perjuicio de los demás derechos y libertades asegurados a todas las personas, normas y principios que son parte sustancial del derecho internacional de los derechos humanos, hoy son exigibles en las relaciones entre particulares, correspondiendo al Estado el deber de velar, asegurar y en su caso reparar, que esos derechos sean debidamente respetados. Es el caso del principio de igualdad y no discriminación. Conforme a este derecho, todos los actores sociales, ya no solo el Estado, están obligados a garantizar que no se discriminará por razones de raza, identidad de género y orientación sexual, sexo, nacionalidad o por cualquier otra condición social o política. Los Estados lentamente han ido haciendo suyos estos nuevos paradigmas y ello exige una reflexión sobre esta materia. Así, la discrecionalidad de actores no directamente vinculados por el derecho internacional de los derechos humanos se ve limitada por los ordenamientos jurídicos internos que no toleran, previenen y sancionan la violación de derechos fundamentales.

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución chilena establece que el carácter directamente vinculante de sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado "como a toda persona, institución o grupo" (art. 6° de la CPR). De aquí se sigue que, en principio, no hay impedimento en trasladar parte de las obligaciones que importa el respeto por los derechos humanos hacia el sector no estatal. Esta eficacia de las normas constitucionales ha permitido sostener aquello que la doctrina identifica con el efecto horizontal de los derechos y que la jurisdicción procura garantizar con acciones constitucionales y legales de tutela de derechos fundamentales. En este último contexto, una de las principales garantías jurisdiccionales de los derechos de la personas –el recurso de protección– hace posible desde su creación (1976) que una persona privada pueda ser denunciada por privar, perturbar o amenazar el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales amparados por esa acción.

En el plano legislativo hay que subrayar la progresiva ampliación de acciones de tutela de derechos susceptibles de ser utilizadas para controlar la actividad privada. Entre ellas se destaca el procedimiento de tutela laboral introducido al Código del Trabajo por la Ley N° 20.087 de 3 de enero de

31 Procedimientos de Puesta en Práctica de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Decisión del Consejo sobre las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales. Mayo de 2011. Punto Nacional de Contacto. Núm. 1.

32 Comentarios sobre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, pág. 40.

33 Ministerio de Relaciones Exteriores. Oficio Nº 4165 de 13 de agosto de 2013.

34 Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la Unión Europea para el 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. 25 de octubre de 2011. COM (2011) 681 final, párr. 3.1.

2006 o el juicio por discriminación que creó la Ley Nº 20.609 de 24 de julio de 2012, conocida como la "Ley Zamudio".

En cuanto a las empresas, una de las características del ordenamiento constitucional chileno es la consagración de lo que se ha dado en llamar un Orden Público Económico[35], integrado por el principio de igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica; la prohibición de discriminar en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; la libertad para adquirir el dominio o propiedad sobre toda clase de bienes, especificando sus limitaciones, y una robusta protección al derecho de propiedad[36]. De esta manera se garantiza la libertad empresarial, que "refleja la opción preferente que el constituyente confiere a la acción privada, otorgándole al Estado un rol subsidiario en aquellas áreas en las que la iniciativa privada no pueda o no quiera dar cobertura" (INDH, 2012, pág. 16).

Otra característica de este diseño institucional, según lo señala cierta doctrina, es que delimita la capacidad reguladora del Estado: "[…] el rasgo supletorio de la intervención estatal no se refiere sólo a la retracción en sus actividades empresariales, sino que también a que no puede el Estado regulador convertirse en prioritario […]" (Cea, 2004, pág. 486). Existiendo a este respecto "límites constitucionales a esas regulaciones, de manera que no pueden ser invocadas para invertir la subsidiaridad […]" (Cea, 2004, pág. 486). Como lo ha señalado la Corte Suprema, "[l]a Carta Política ha desarrollado un conjunto de garantías destinadas a permitir el libre emprendimiento de acciones económicas y, como se ha indicado, se pretende obtener un orden público económico sano y competitivo, determinado principalmente por la oferta y la demanda […]"[37].

Este modelo se ve amparado por el Decreto Ley Nº 211 (1973) destinado a proteger la libre competencia, que establece tipos de infracciones con el objeto de sancionar, entre otros fenómenos, la colusión horizontal, los monopolios y carteles de agentes económicos que afecten el mercado y la libre competencia[38]. Este derecho económico-sancionador se resguarda mediante un órgano jurisdiccional constituido por el Tribunal de la Libre Competencia y una instancia de investigación y persecución, denominada Fiscalía Nacional Económica.

Por último, mediante la Ley Nº 18.971 se establece una acción de tutela especial (amparo económico) para el resguardo del derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Dicha acción constitucional se diferencia de las acciones de amparo y protección que el constituyente estableció para garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, al fijar estándares diferentes para su aplicación. En efecto, tratándose de la acción de amparo económico cualquier persona (acción popular) puede concurrir a los tribunales competentes dentro del plazo de seis meses de cometida la infracción que se reprocha, y sin necesidad de tener interés actual en ello[39].

Algunos casos de público conocimiento en los que se ha podido verificar una acción empresarial reñida con las obligaciones jurídicas nacionales y con el estándar de respeto de los derechos humanos, ponen de manifiesto la necesidad de promover un debate respecto de la importancia de mejorar y fortalecer la acción del Estado en el campo de la regulación y la fiscalización, en la perspectiva de garantizar la prevención de hechos lesivos a los derechos humanos y, de ocurrir estos, asegurar remedios y medidas de reparación por el daño ocasionado.

A continuación se expondrán dos casos que reflejan la compleja relación entre empresas y derechos humanos.

35 "[C]onjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución" (Cea, 2004).

36 Constitución Política de la República, art. 19 Núm. 23, 24 y 25.

37 Corte Suprema. Sentencia Rol Nº 2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Sexagésimo séptimo punto 4º.

38 Suprema. Sentencia Rol Nº 2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Septuagésimo tercero, punto II.1.

39 Tratándose de la acción de protección de garantías constitucionales contemplado en el art. 20 de la Constitución Política, el plazo para interponerlo es de 30 días "[d]esde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos lo que se hará constar en autos" (Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. art 1º). Sólo podrá ser interpuesto por "[e]l afectado o por cualquiera otra persona en su nombre (…)" (Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. art 2º).

CASO PASCUA LAMA

El Proyecto Binacional Pascua Lama se localiza en la Comuna de Alto del Carmen, Provincia del Huasco, Región de Atacama. De propiedad de la Compañía Minera Nevada SpA, sociedad relacionada con la matriz minera Barrick Gold, planea la explotación de un yacimiento de oro en las inmediaciones de varios glaciares que contribuyen significativamente al sistema hidrológico del Valle del Huasco. Obtuvo los permisos medioambientales el año 2006[40]. La comunidad agrícola diaguita de los Huascoaltinos se ha opuesto a dicho proyecto interponiendo en 2006 una denuncia ante la Comisión IDH, una vez agotados los recursos internos, por estimar que dicho proyecto "[a]ltera de manera significativa sus costumbre y formas de vida, genera daños ambientales en su hábitat y, finalmente, los priva de recursos naturales esenciales para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales […]" (Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2006, pág. 4).

El año 2012 se inició la fase de construcción del proyecto. En el proceso de ejecución, la empresa dejó de cumplir las condiciones impuestas en los permisos ambientales respectivos, entre los cuales destaca el incumplimiento de los planes de monitoreo de glaciares. Ello significó exponerse a procesos sancionatorios por parte de la autoridad ambiental[41]. En octubre de 2012, el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) dispuso el cierre temporal de las operaciones de perforación y tronadura por el daño ocasionado a los glaciares.

El 15 de julio de 2013 la Corte de Apelaciones de Copiapó[42], conociendo la acción de protección de garantías constitucionales interpuesta por comunidades indígenas diaguitas, resolvió acoger la petición en lo que respecta al titular del proyecto (la empresa), reflexionando en torno a que la acción empresarial se debe dar en un marco de respeto al desarrollo sostenible o sustentable, "definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones […]"[43]. La Corte resolvió que la empresa fue responsable de diversas irregularidades entre las que destacó "[o]misiones, inobservancias, construcción de obras no autorizadas, niveles de material particulado en suspensión, afectación a los cuerpos de hielo, –entre otras–, […]"[44]. Esto, por lo demás, ha sido corroborado por diferentes servicios públicos, y el proyecto fue calificado por la sentencia como "[…] una amenaza al medio ambiente y a la salud de las personas, situación que debe cesar […]"[45].

La Corte Suprema, en septiembre de 2013, confirmó lo resuelto por la Corte de Copiapó[46], paralizando las actividades de la empresa hasta que esta adopte las medidas de mitigación que permitan garantizar la integridad del medio ambiente y la salud de las personas.

CASO FARMACIAS

Otro caso de prácticas empresariales abusivas, contrarias a derecho y reñidas con el deber de respetar los derechos humanos, lo constituyó la colusión en la fijación de precios de medicamentos, que es lo que la Fiscalía Nacional Económica demostró ante el Tribunal de la Libre Competencia y que la Corte Suprema confirmó, en relación con las tres cadenas de farmacias más grandes del país.

Entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, dichas empresas, que concentran más del 90% del mercado nacional, se concertaron con el objeto de subir los precios de al menos 206 productos farmacéuticos[47]. Prácticas de estas características atentan contra un pilar del sistema económico (libre competencia) y, en forma adicional, lesionan o ponen en peligro

40 De la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) Nº 1397, de 7 de junio del año 2006 y la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) Nº 024 de 15 de febrero de 2006. Corte de Apelaciones de Santiago Recurso de Protección ROL Nº 3308-2006 que dejó firme la resolución por medio de las cuales se calificó favorablemente el proyecto minero Pascua Lama.

41 Comisión de Evaluación Ambiental de Región de Atacama Res Nº 186 de 20 de agosto de 2012; El Servicio de Evaluación Ambiental de Atacama multa en marzo y abril de 2013 a Barrick por 3.000 UTM y 1.000 UTM respectivamente (EMOL, 2013).

42 Corte de Apelaciones de Copiapó. Autos Rol 300-2012. 15 de julio de 2013.

43 Ibídem, considerando noveno.

44 Ibídem, considerando 11º.

45 Ibídem.

46 Corte Suprema. Autos Rol 53349-2013 25 de septiembre de 2013.

47 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C Nº 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Quincuagésimo sexto.

el derecho a la salud al limitar el acceso a medicamentos de la población. Como consecuencia de estas prácticas, las tres cadenas aumentaron sus ingresos brutos en más de $ 27.000.000.000[48].

Dicha colusión se hizo con la participación de laboratorios farmacéuticos (incluidos transnacionales), desempeñando estos el rol de intermediarios de los acuerdos colusivos para distorsionar precios[49].

La Corte Suprema resolvió confirmar lo resuelto por el Tribunal de la Libre Competencia y condenar a las farmacéuticas en septiembre de 2012, señalando que "[…] se encuentra establecido fehacientemente que el acuerdo de colusión tuvo la aptitud de lesionar la competencia, desde que las implicadas abusaron del poder de mercado, por cuanto éste les permitió actuar de manera coordinada e independiente de los consumidores y de los demás competidores (farmacias independientes) y obtener beneficios económicos a corto plazo mediante el solo incremento injustificado del precio de venta al público"[50]. La institucionalidad fue en este caso especialmente severa al establecer el máximo de las multas establecidas en la legislación nacional (19 millones de dólares aproximadamente)[51].

48 Ibídem, párr. 1.28.

49 Ibídem. Considerando Centésimo trigésimo segundo. "En cuanto a la participación de los laboratorios, señaló que la mecánica era dinámica y "los listados eran traídos por los laboratorios y se corregían en forma conjunta con ellos"; que "los laboratorios decían que tenían todo coordinado" y que "cuando había problemas para cambiar los precios, los mismos laboratorios avisaban para esperar cuando alzar, o si había que postergar el alza, etc.". Señaló que los laboratorios le habrían indicado que "ellos siempre conversaban primero con CV y después con SB y FASA". Agregó además que "el laboratorio Bayer fue el primero en hacer la primera propuesta de precios, en la categoría ginecológicos". Indicó también que no hubo correos electrónicos con los laboratorios y que se hablaba con ellos en reuniones, o por teléfono. La declaración antes indicada coincide con la información entregada por la misma señora Araya en su declaración prestada ante el Ministerio Público, que consta a fojas 22 del cuaderno de documentos públicos de dicha institución, en cuanto a que los laboratorios entregaban las listas de precios, a que dichas listas traían el nombre de los productos y un solo precio, y a que éstas se dividían por mitades para efectos del alza en las farmacias, fijándose las fechas para las mismas". Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C Nº 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Septuagésimo Quinto.

50 Corte Suprema. Sentencia Rol Nº 2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Octogésimo Primero.

51 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C Nº 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Centésimo Undécimo.

En paralelo se siguió un proceso penal por el delito de alteración fraudulenta de precios, en contra de diez ejecutivos (nueve cadenas de farmacias y uno de un laboratorio) que fueron acusados en julio de 2012. En esta causa, otro ejecutivo del Laboratorio Grünenthal, mediante salida alternativa (trabajo comunitario por 100 horas, más la firma cada dos meses por un año), logró la suspensión condicional del procedimiento.

El 8 de julio de 2013 en audiencia de preparación del juicio oral, el Juez del 7º Juzgado de Garantía de Santiago, aprobó la suspensión condicional del procedimiento acordado entre el Ministerio Público y los acusados a cambio de que recibieran clases de ética empresarial y que donen $ 230 millones a organizaciones sin fines de lucro dedicadas a la salud. La parte querellante apeló la medida, y la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió (agosto de 2013) revocar la suspensión condicional debiéndose decretar una nueva audiencia de preparación de juicio oral[52].

Los casos expuestos reflejan problemas de diversa índole. Por un lado, ellos ponen en evidencia la necesidad de fortalecer la capacidad de prevención del Estado y revisar la suficiencia y eficacia de la normativa vigente, tanto en lo relativo a la regulación de las diversas ramas de actividades empresariales, como en el ámbito de la fiscalización y control. Por último, el esfuerzo por prevenir este tipo de problemas debe realizarse en sinergia con los sujetos empresariales y otros actores sociales como organizaciones de la sociedad civil y sindicatos, en la medida en que cada cual tiene una contribución que hacer y un rol que jugar en la profundización democrática y en hacer realidad los derechos humanos.

52 Corte de Apelaciones de Santiago Nº Reforma Procesal Penal 1953-2013. 30 de agosto de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, G., & Contreras, C. (2007). El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. Ius et Praxis, 205-243.

Cea, J. L. (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II Derechos, Deberes y Garantías.* Santiago: Ediciones UC.

EMOL. (1 de abril de 2013). *SEA de Atacama multa nuevamente a Barrick por incumplimientos en Pascua Lama.* Recuperado el 8 de noviembre de 2013, de http://www.emol.com/noticias/economia/2013/04/01/591271/sea-de-atacama-multa-nuevamente-a-barrick-por-incumplimientos-en-pascua-lama.html

FIDH. (2011). *Empresas y violaciones a los derechos humanos. Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG.* París.

INDH. (2012). *Cuadernillo Temas Emergentes Empresas y Derechos Humanos.* Santiago.

López, C. (septiembre de 2011). Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. Aportes DPLf(5), 7-11.

Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. (2006). *Denuncia Comisión IDH Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos vs. Chile.*

OPMNU y ACNUDH. (2010). *Integrando los Derechos Humanos en la Práctica Empresarial.*



DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

Fotografía: Ana Sugranyes



DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA

2

ANTECEDENTES

El año 2012 el INDH abordó el derecho a la vivienda adecuada identificando los estándares internacionales sobre el tema, el marco normativo nacional que lo regula, la institucionalidad a cargo y las políticas públicas desarrolladas en la actualidad. En este contexto, se destacó que "en el modelo subsidiario actual, la vivienda no se considera como un derecho, sino que en términos de una mercancía cuya calidad depende de los recursos financieros involucrados. Esto se vincula a la definición de la vivienda que subsidia el Estado: de bajo costo, con mínimo estándar material y que se emplaza en un suelo posible de pagar, lo que no guarda relación con la conceptualización de Naciones Unidas y los atributos de la vivienda adecuada" (INDH, 2012, pág. 261).

En un sentido similar, el diagnóstico de la Comisión Asesora Presidencial sobre Desarrollo Urbano establece que "las políticas que permitieron disminuir el déficit habitacional descuidaron la localización, generaron concentración de pobreza, inseguridad, hacinamiento, mala conectividad y falta de acceso a bienes públicos urbanos. La desigual distribución del ingreso existente en nuestro país se materializó en nuestras ciudades y centros poblados" (2013, pág. 4).

Por su parte, la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH en 2013 muestra que un 57,5% de la población nacional considera que tener acceso a una vivienda es un derecho humano y un 65,5% estima que la responsabilidad de asegurar su provisión radica principalmente en el Estado. Sin embargo, frente a este significativo porcentaje de población que reconoce este derecho como un derecho humano, la encuesta muestra también una baja percepción de su protección en el país: un 77,1% de las personas considera que el derecho a acceder a una vivienda se encuentra algo o nada resguardado. A esto se suma que un 72,6% de la población estima que la capacidad de pago es un factor preponderante para acceder a una vivienda de calidad y que un 13,4% indica que en el último año se le ha vulnerado el derecho a tener acceso a una vivienda (INDH, en prensa).

En 2013 han tenido lugar dos iniciativas que buscan abordar los desafíos antes descritos. La primera dice relación con el inicio de las obras del Plan Integral de Rehabilitación Urbana del sector de Bajos de Mena, en la comuna de Puente Alto, considerado el gueto[1] más grande de Chile. Este proyecto, cuya finalización está planificada para el año 2014, incluye la demolición de la Villa El Volcán 2, reasentando a las familias en otros proyectos habitacionales construidos por el Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU) Metropolitano, mejorar las vías de acceso y aumentar las áreas verdes, así como dotar la zona de equipamiento comunitario y servicios (MINVU, 2012). La segunda se refiere a la aprobación de una nueva Política Nacional de Desarrollo Urbano, que busca generar ciudades sustentables y mejorar la calidad de vida de las personas que residen en áreas urbanas a partir de acciones en cinco ejes: mayor integración social, fomento del desarrollo económico, equilibrio ambiental y sustentabilidad, identidad y patrimonio, reordenamiento institucional y ajustes normativos (Gobierno de Chile, 2013).

De manera de continuar la revisión del derecho a la vivienda adecuada en Chile, sobre todo para indagar en la situación de la población de menores recursos del país

1 El reporte sobre este tema desarrollado por ATISBA (2010) consideró como gueto a sectores que cumplieran con cuatro criterios: homogeneidad social (alto porcentaje de hogares pobres), concentración y tamaño (porcentaje de hogares pobres respecto de la ciudad en que se ubican), cobertura de servicios (metros cuadrados de comercio y servicios por habitante) y accesibilidad (distancia al centro principal).

–principal destinataria de la política habitacional del Estado–, el INDH desarrolló un estudio sobre el cumplimiento de este derecho en un conjunto de asentamientos, cuyos resultados se dan a conocer en el presente apartado.

Es importante señalar que, aun cuando los resultados del estudio muestran los desafíos para el cumplimiento del derecho a la vivienda en nuestro país, las políticas habitacionales de producción masiva de viviendas llevadas a cabo durante décadas por parte del Estado han permitido abordar y disminuir el déficit habitacional que aquejaba a una parte importante de la población (INDH, 2012). En este sentido, es de esperar que las modificaciones normativas e institucionales derivadas de la próxima implementación de la Política Nacional de Desarrollo Urbano, permitan abordar estos retos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Considerando que en el Informe Anual 2012 se realizó una exhaustiva revisión de los estándares internacionales y la normativa nacional en este ámbito, a continuación se realizará una breve reseña del derecho a la vivienda adecuada[2].

El derecho internacional considera la vivienda como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado[3]. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) señala que "[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia"[4]. Posteriormente, la Relatoría Especial para el Derecho a una Vivienda Adecuada ha realizado un importante trabajo para especificar este derecho, indicando que no se reduce a un objeto material, sino al "derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad"[5]. Además, en virtud de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, el derecho a la vivienda adecuada se concibe como una puerta de entrada al goce de otras garantías y a la satisfacción de diversas necesidades de las personas (Rolnik, 2012).

En este sentido, más allá de un tipo particular de refugio, la vivienda tiene connotaciones funcionales, sociales, económicas y culturales que contienen y simbolizan innumerables aspectos del diario vivir. La vivienda es, simultáneamente, el espacio que contiene la singularidad y privacidad de quienes la habitan, y el punto de referencia desde el cual se integran a la sociedad o comunidad.

Al respecto, la Observación Nº 4 del Comité DESC, que determina el sentido y alcance de este derecho señala que una vivienda adecuada se compone al menos de los siguientes siete atributos: i) seguridad de la tenencia, ii) disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, iii) gastos soportables, iv) habitabilidad, v) accesibilidad/asequibilidad, vi) ubicación y vii) adecuación cultural.

Sin perjuicio de la progresiva especificación del derecho a la vivienda adecuada, serán estos atributos básicos los utilizados para la verificación del cumplimiento de este derecho en asentamientos precarios que se presenta a continuación.

EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA EN ASENTAMIENTOS PRECARIOS

El estudio desarrollado por el INDH se focalizó en cuatro formas de asentamientos precarios[6]: campamentos, conventillos o cités, conjuntos de vivienda social y aldeas de emergencia.

En ese marco, el concepto "asentamiento precario" se refiere a un conjunto de viviendas caracterizadas por: i) ser "baratas" o de bajo estándar, muchas veces en deterioro

2 Para mayor información, consultar el capítulo sobre el derecho a la vivienda adecuada en el Informe Anual 2012.

3 La primera mención sobre el derecho a la vivienda adecuada y su relación con el derecho a un nivel de vida adecuado aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25 Nº 1.

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, Nº 1.

5 Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Presentado el 25 de enero de 2001. E/CN.4/2001/51, párr. 8.

6 Se ha preferido usar este concepto en vez de "gueto" por el reforzamiento de la estigmatización que este último produce.

y, en general, ubicadas en forma inapropiada[7] (a las afueras de la ciudad o en lugares riesgosos); y ii) donde existe homogeneidad social entre sus habitantes, dada la preeminencia de hogares en situación de pobreza. De esta forma, los asentamientos precarios presentan carencias que dificultan la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el ejercicio de sus derechos, es decir, hábitats que no poseen las condiciones mínimas para el desarrollo humano.

A partir de lo anterior, y a modo de concretar las tipologías de asentamientos precarios, se desarrollaron las siguientes definiciones operacionales[8]:

- Campamentos: corresponden a asentamientos informales, establecidos usualmente mediante la ocupación de suelo fiscal o privado, que no cuentan con más infraestructura o equipamiento que aquel que quienes allí residen se han provisto. Por ejemplo, se encuentran "colgados" a la electricidad, tienen pozos negros para la eliminación de excretas, no poseen retiro de basura, etc. Por lo general están habitados por grupos sociales vulnerables por su situación socioeconómica y/o discriminados por otros prejuicios.
- Conventillos o cités: corresponden a viviendas mínimas –en tamaño y calidad– agrupadas en un pasaje compartido, y en general construidas por la beneficencia pública de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Se caracterizan por tener un mal estado de conservación y una deficiente calidad de servicios higiénicos. En la actualidad son habitadas por familias en su mayoría inmigrantes que habitan normalmente hacinadas, las que experimentan condiciones de arrendamiento usualmente arbitrarias y/o insuficientemente reguladas.
- Conjuntos de vivienda social: corresponden a conjuntos de viviendas económicas de carácter definitivo (soluciones habitacionales), semejantes en diseño y estándar, destinadas a resolver los problemas de marginalidad habitacional y que se construyen con financiamiento, subsidio o aporte estatal directo. Su valor de tasación no supera las 400 UF, están exentas del pago de impuestos territoriales y contribuciones, no superan los 60 m^2 (según lo estipulado en el D.F.L. N° 2/1959) y en general se localizan en áreas periféricas.
- Aldeas de emergencia: corresponden a asentamientos transitorios compuestos por viviendas de emergencia o "mediaguas", que se emplazan en terrenos provisorios y se abastecen por servicios básicos comunes (baños, cocinas, lavadero, etc.). Estos asentamientos usualmente se construyen después de un desastre natural, accidentes o incendios.

En términos metodológicos, el estudio fue de carácter cualitativo, sobre un total de 17 casos, cuya selección fue intencionada y estuvo guiada por cuatro criterios: i) su localización, de manera de obtener antecedentes de distintos lugares del país; ii) el cumplimiento de las características de los asentamientos precarios; iii) la inclusión de casos que representaran la diversidad de asentamientos al interior de la tipología, cuando corresponda; y iv) la existencia de redes que permitieran el acceso y el desarrollo del estudio. De esta manera, los resultados obtenidos corresponden a los casos estudiados y no pueden ser extrapolados al conjunto de asentamientos precarios del país, aun cuando pudiera estimarse que en algunas situaciones las realidades descritas también podrían afectar a asentamientos de similares características.

Los 17 casos estudiados se distribuyeron en función de la importancia cuantitativa[9] de cada tipología de asentamiento precario en nuestro país, quedando de la siguiente forma:

7 Salvo en las viviendas con buena ubicación pero que tienen otras limitaciones como la insalubridad, el hacinamiento u otras dificultades asociadas a situaciones como conventillos, cité e incluso el habitar en la calle.

8 Como base para estas definiciones operacionales se han utilizado las conceptualizaciones del Observatorio Habitacional de MINVU.

9 Por ejemplo, las políticas de vivienda desarrolladas durante los últimos 35 años mediante subsidios habitacionales ha facilitado el acceso a viviendas económicas en propiedad a no menos de 800.000 familias (casi el 20% de la población); en contraposición, la tipología de "campamento" afecta al 1% del universo residencial.

Tipología	Población aproximada que reside en las tipologías de asentamientos[10]	Cantidad de casos estudiados	Cantidad de entrevistas realizadas
Conjuntos de vivienda social	3.700.000	9	24
Campamentos	120.000	3	9
Conventillos o cités	80.000	1	2
Aldeas de emergencia	3.000	2	6

Para la tipología "conjuntos de vivienda social" se estudiaron los siguientes lugares: Población Lo Valledor Norte, comuna de Pedro Aguirre Cerda; Población Santos Torneros, comuna de Valparaíso; Población El Castillo, comuna de La Pintana; Villa Los Jardines, comuna de Quilicura; Villa Francisco Coloane, comuna de Puente Alto; Villa Futuro, comuna de Chiguayante; Villa California, comuna de Cerro Navia; Villa Bicentenario, Comuna de Isla de Maipo; y Edificio Plaza Cummings, comuna de Santiago.

En el caso de la tipología "campamentos" se seleccionaron microcampamentos en los barrios Chorrillos y Santa Ana, comuna de Talca; toma de terreno por Comité de Allegados "Don Bosco", comuna de La Florida; y los campamentos "Halcones de Chicureo" y "Nueva Esperanza", comuna de Viña del Mar.

Para la tipología "conventillos o cités" se estudió la situación de un cité con población inmigrante en la comuna de Recoleta. Mientras que para la tipología "aldeas de emergencia" se abordó la aldea posterremoto en cerro Centinela, comuna de Constitución; y las aldeas por incendio en Rodelillo y cerro Los Placeres, comuna de Valparaíso.

En cada caso se realizaron entrevistas en profundidad con habitantes clave[11], contando con un total de 46 testimonios, se aplicó una pauta para observar el estado de cada atributo del derecho a la vivienda en el respectivo asentamiento, y se recabaron antecedentes para describir sus características geográficas, espaciales, morfológicas y sociodemográficas.

A continuación se describen los principales hallazgos de la investigación, de acuerdo con cada tipología estudiada, los que serán apoyados –cuando sea pertinente– por algunos de los testimonios recabados en el marco del estudio.

CONJUNTOS DE VIVIENDA SOCIAL

El estudio da cuenta de una alta heterogeneidad entre los conjuntos de vivienda social, debida principalmente a que ellos reflejan las diversas etapas de las políticas habitacionales desarrolladas por el Estado. En esta tipología, las villas de blocks de los años 90 construidas en la periferia de las grandes ciudades son, de acuerdo con los resultados del estudio, las que concentran las mayores brechas con los estándares del derecho a la vivienda adecuada.

Las políticas públicas de vivienda social han priorizado ante todo el acceso a la vivienda en propiedad individual, por lo que la tenencia (título de dominio) está jurídicamente asegurada. Sin embargo, las entrevistas desarrolladas en este tipo de asentamiento permiten identificar algunas situaciones que amenazan la permanencia de sus derechos de propietarios, en especial en los conjuntos de vivienda social construidos en los años 90.

La primera de ellas se observa en el caso de familias de bajos recursos que accedieron a la vivienda por medio de programas sociales con componentes de endeudamiento en el sistema financiero y que hoy corren el riesgo de caer en morosidad y perder la tenencia de sus viviendas. Tal es el caso de la Villa Los Jardines de Quilicura, construida bajo el Programa Especial de los Trabajadores (PET), donde una parte importante de sus habitantes son deudores hipotecarios. La carga financiera que supone el pago de la hipoteca, y las repactaciones asociadas, queda de manifiesto en el siguiente testimonio: *"Me dijeron que tenía que pagar 149 cuotas de 35.000 pesos. Eran un montón de años y para mi situación económica era difícil, pero al menos rasguñando se podía pagar. Después repacté para que no me rematen, porque entre perder la casa y que te pongan la soga al cuello sin apretarte tanto, uno lo hace. Entonces, me dijeron que después*

10 Estimación realizada por Sur Consultores a partir de cifras presentadas en Larrañaga (2010), MINVU (2011), MINVU (2010), Cámara de Diputados (2009), Rabi & Aguirre (2001) y Observatorio Habitacional MINVU (s/f).

11 El estudio consideró, en una etapa previa al desarrollo del terreno, la detección de informantes clave –residentes o dirigentes sociales– que tuvieran una visión integral de la situación del asentamiento a estudiar.

de que yo termine de pagar estas 149 cuotas vienen 169 más por el mismo valor. Ahí yo me caí de espalda. Son como 30 años más en realidad"[12].

La segunda se presenta en el marco de iniciativas de reparación o reemplazo de viviendas sociales, como el programa "Segunda Oportunidad" o el de reconstrucción posterremoto. En estos casos, las entrevistas muestran que los/as habitantes perciben que la compensación ofrecida por el Estado no les permite adquirir una nueva vivienda en el entorno de sus barrios, obligándoles a desplazarse hacia nuevas áreas de la periferia más alejadas que su ubicación presente. Esta situación se evidencia en la Villa Futuro de Chiguayante, donde parte de sus residentes se muestran disconformes con el subsidio entregado para su reubicación: *"Están muy caras las casas, y con las 700 UF, que son aproximadamente quince millones, no alcanzan a comprar una casa. A menos de ir mucho más lejos"*[13].

Respecto de la habitabilidad, se identifican varias situaciones que evidencian déficits en este atributo. La primera es una plaga de termitas que afecta a las poblaciones del sur de Santiago, las que han deteriorado las bases y estructuras de sus viviendas; la segunda tiene relación con la instalación de conjuntos de viviendas sociales en terrenos no saneados, como basurales, lo que deriva en la exposición de sus habitantes a las emanaciones de gases y la inestabilidad del suelo bajo los asentamientos. Ejemplo de esto es lo que ocurre en El Castillo, comuna de La Pintana: *"Acá nosotros nos llovemos, nos entra el agua. También están las termitas, la filtración en el baño, porque toda esta cuestión está muy mal hecha. Usted pega un clavo y sale para el otro lado. Nosotros caminamos y se hacen hoyos en las tablas"*[14].

A lo anterior se suma el hacinamiento derivado del tamaño de las viviendas sociales, sobre todo en aquellas cuya superficie es inferior a 40 m^2. Al respecto, un habitante relata: *"Son viviendas muy básicas, son soluciones habitacionales muy precarias, no tienen una proyección para familias que van a crecer"*[15]. Sobre este mismo aspecto, otro entrevistado afirma que ampliaciones irregulares y tomas de espacios comunes se han ido generando por las necesidades producidas por el hacinamiento: *"Todas las familias llegaron con 3 o 4 personas en un departamento […] pero después el hijo se juntó con la vecina del frente, tuvieron familia y la mamá lo puso en una pieza… y así empezó… en el fondo se empezó a crear un hacinamiento, se empezó a esconder los campamentos, porque al final tenemos campamento dentro de los mismos departamentos"*[16].

En materia de gastos soportables, las mayores dificultades apuntan al costo de los servicios considerando, entre otros, el del transporte público. En muchos casos, las personas entrevistadas indican que los ingresos familiares no alcanzan para cubrir los gastos básicos de subsistencia, lo que se evidencia en el siguiente testimonio: *"O le das educación, comida y otras necesidades básicas a tu familia, o pagas la casa. Entonces, es como estar entre la espada y la pared"*[17].

La política de vivienda social, más allá de los avances que se han observado en las últimas décadas, en muchos casos ha agudizado la segregación socioespacial, desplazando y concentrando a la población vulnerable en los márgenes de la ciudad, en sectores con baja oferta de oportunidades laborales, servicios públicos y transporte. Al respecto, los resultados del estudio muestran que la ubicación es un aspecto particularmente sensible en los casos analizados, pues genera a los habitantes costos de tiempo y recursos, y deteriora la calidad de vida y las relaciones familiares. Lo señalado en el siguiente testimonio es elocuente: *"Acá hay una pura entrada y una pura salida. Mi papá vive a siete kilómetros de acá y cuando uno toma la micro para ir a visitarlo, cuando hay taco, me demoro una hora u hora y media, lo mismo que te demoras en ir a Viña del Mar, que es otra ciudad. Estar parado [en la micro] una o dos horas para volver a tu casa o para ir a tu trabajo es muy estresante. Ese es uno de los grandes problemas que tiene Quilicura, la conectividad vial es pésima. Eso empeora la calidad de vida"*[18].

12 Hombre, Villa Los Jardines.

13 Mujer, Villa Futuro.

14 Mujer, Población El Castillo.

15 Hombre, Villa Bicentenario.

16 Hombre, Villa Francisco Coloane.

17 Mujer, Villa Los Jardines.

18 Mujer, Villa Los Jardines.

CAMPAMENTOS

Los casos estudiados dan cuenta de una alta heterogeneidad dentro de la tipología de los campamentos. Sin embargo, todos corresponden a asentamientos informales generados como estrategias habitacionales de las familias ante la falta de soluciones adecuadas a sus necesidades por parte de las políticas de vivienda social. Se trata de hogares de bajos ingresos y en su mayoría de jefatura femenina, que habitan viviendas precarias, de materiales diversos y autoconstruidas (MINVU, 2011).

Los microcampamentos de Talca surgieron ante la destrucción del centro histórico de la ciudad producto del terremoto del 27 de febrero de 2010 y la negativa de las familias allegadas o arrendatarias a trasladarse a las zonas periféricas en que se ubican los proyectos de reconstrucción. De forma similar, el caso de la toma de terrenos en La Florida nació como una medida de presión de un comité de allegados para asegurar que se ejecute un proyecto habitacional en la ubicación previamente comprometida, con los beneficios asociados a la ubicación pericentral de esta comuna.

Por otro lado, los campamentos emplazados en el sector alto de Viña del Mar son grandes conjuntos de viviendas precarias, formados por el crecimiento demográfico de décadas anteriores en la ciudad y que hoy acogen a más de mil familias que no han podido acceder a la vivienda formal. A diferencia de los casos anteriores, se caracterizan por su lejanía de los centros urbanos, falta de infraestructura y servicios de transporte adecuados.

De acuerdo con los resultados del estudio, los atributos de la vivienda adecuada más deficitarios en este tipo de asentamientos son la seguridad de la tenencia, el acceso a servicios y las condiciones de habitabilidad.

Los campamentos se caracterizan por la ocupación informal de los terrenos en que se ubican, producto de la necesidad de sus habitantes de contar con un lugar para vivir. La inseguridad de la tenencia del sitio ocupado es un aspecto central que coloca en un segundo rango el cumplimiento de los otros atributos del derecho a la vivienda. En estos casos, la inseguridad se relaciona con la posibilidad de ser desalojados del terreno tomado, en la medida que este último es de propiedad privada, municipal o fiscal. Con la ocupación de un terreno, las familias inician un largo camino (que según los entrevistados puede durar seis meses) para lograr el reconocimiento de su situación de pobreza y de vulnerabilidad por parte de las autoridades públicas, y así ser incorporadas en los programas habitacionales de campamentos que desarrolla el MINVU.

La falta de seguridad de tenencia se relaciona con la precariedad de las viviendas, dado que la incertidumbre de la permanencia en el lugar limita las posibilidades de invertir en mejorarlas, traduciéndose en importantes deficiencias en acceso a servicios y habitabilidad. Si bien existen casos en que, por el tipo y localización del terreno o de la propiedad ocupada, las familias cuentan con servicios básicos e infraestructura adecuada, se puede afirmar que en sus inicios, y a veces por largo tiempo, los residentes en esta categoría de asentamiento suelen carecer de acceso permanente a servicios de agua potable y alcantarillado.

Por otra parte, se identifican situaciones de riesgo ambiental, como el caso de un campamento en Viña del Mar ubicado en las inmediaciones de un antiguo basural: *"Era un basural de toda clase de basura, para que usted se imagine, era un basural también de escombros, de animales muertos, y hubieron muchas violaciones y muertes aquí"*[19].

Por último, aun cuando la ubicación no es un atributo deficitario en la actualidad –dado que en muchos casos una de las principales motivaciones de las familias que viven en campamentos es asegurar una adecuada ubicación en la ciudad–, es importante señalar que entre los relatos recogidos se manifiesta la aspiración de obtener una solución habitacional en el mismo terreno que se habita, en vez de ser erradicados y desplazados a viviendas sociales ubicadas en sectores alejados: *"…para mí significa eso, una condena. Mucha gente está triste, deprimida, tengo una vecina que cuando piensa que tiene que irse llora, porque dice 'no me imagino mi vida viviendo en un lugar tan inhóspito, donde no hay nada todavía"*[20].

19 Mujer, campamento Viña del Mar.

20 Mujer, Toma "Don Bosco".

CONVENTILLOS O CITÉS

El caso estudiado representa la realidad de un cité donde muchos y distintos grupos de migrantes latinoamericanos viven en precarias condiciones y sufren la vulneración de casi todos los atributos del derecho a la vivienda adecuada. En este sentido, el único atributo que se destaca por su cumplimiento es la ubicación, en la medida que la residencia en el centro de la ciudad les permite el acceso a servicios y oportunidades laborales.

Sobre la seguridad jurídica de la tenencia, se observa que para los/as habitantes del cité no la hay, en tanto alquilan espacios o cuartos en inmuebles mediante acuerdos de palabra y sin contratos de arrendamiento. Además, los testimonios recabados señalan que la discriminación es una de las principales dificultades que tienen las personas migrantes al momento de conseguir un lugar para vivir, pues a pesar de contar con los recursos para arrendar una vivienda en muchas ocasiones se les rechaza, por los corredores de propiedades o los dueños, en razón de su país de origen.

En materia de habitabilidad se constató un problema derivado de la falta de espacio y el hacinamiento al interior de las viviendas. En efecto, las condiciones observadas en terreno son deplorables: las habitaciones carecen de iluminación natural y de ventilación, presentando problemas frecuentes de humedad; la obsolescencia del material de construcción de las viviendas genera riesgos para sus habitantes, y existe un número reducido de baños comunes (tres baños para 17 familias), lo que abre focos de insalubridad. Al respecto, una entrevistada señala: *"[Vivo] en una pieza grande que la han dividido. Así nos las ingeniamos nosotros cuando venimos. Yo a veces me siento mal porque mi hijita me dice ¿cuándo tendré mi pieza?, ¿cuándo me comprarás una cama? Porque lamentablemente ella duerme en colchón no más. Yo le dije algún día hijita, vamos a encontrar una casita, y ahí vas a tener tu piecita como sea, no te va a faltar nada"*[21].

Respecto de los gastos soportables, las personas entrevistadas refieren que los precios de los arriendos son altos y representan parte importante de sus ingresos. A esto se suma el pago de los servicios, los que en ocasiones no logran cubrir y se ven expuestos/as a cortes de suministro. Por último, en materia de adecuación cultural, las personas entrevistadas indican que la comunidad migrante manifiesta su cultura al encontrarse, comer y divertirse. Señalan que a la gente les gusta compartir, pero que en los cités no se dan las condiciones, por los reducidos espacios, para recibir visitas o realizar celebraciones.

ALDEAS DE EMERGENCIA

En el caso de las "aldeas de emergencia", los problemas se radican en el acceso a servicios, las condiciones de habitabilidad, el acceso preferente a grupos vulnerados y la ubicación adecuada.

Sin perjuicio de lo anterior, el estudio muestra que los habitantes presentan además temores asociados a la seguridad de la tenencia, los que no se relacionan con el hecho de residir en un hábitat provisorio, sino con el logro posterior de una vivienda definitiva.

En cuanto al acceso y disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras, el estudio revela que posterior a los desastres, los/as habitantes de estos asentamientos deben pasar por un largo proceso para lograr condiciones mínimas de acceso a servicios: la disponibilidad de un terreno, la instalación de las mediaguas, el acceso al agua potable, a la electricidad, y la conectividad con el tejido urbano. Ante la lentitud y confusión de los servicios estatales y privados en la situación de emergencia, contrasta la capacidad de organización de los/as habitantes de las aldeas, que toman iniciativas para exigir tales servicios y/o desarrollar alternativas propias. Así lo señala una entrevistada: *"el primer año a nosotros se nos volaban los techos, nos goteábamos todo, el agua entraba por todas partes y aquí no vino ningún equipo de emergencia de la municipalidad, de ningún lado, porque no tenían acceso. Ahí estaban los vecinos, el comité de emergencia. Los hombres estaban arriba de los techos, oscuros en la noche, y las mujeres trayendo palos gruesos o algo pesado para que no se volaran más. Yo digo que nosotros hemos sido una aldea que lo ha pasado mal, pero a la vez lo hemos pasado bien. Hemos sabido sacar provecho de lo malo, porque no nos hemos quedado ahí"*[22].

21 Mujer, cité.

22 Mujer, Aldea Cerro Centinela.

Respecto de las condiciones de habitabilidad, la respuesta a emergencias a través de mediaguas de 36 m^2, además de proveer espacios insuficientes para sus habitantes, conlleva riesgos por la calidad del material, el que se deteriora a los pocos meses desprotegiendo a las personas frente a las inclemencias del tiempo. Frente a este problema, contrarrestan las iniciativas de las aldeas estudiadas que han buscado soluciones para ampliar las viviendas y mejorar el aislamiento térmico mediante forros en sus paredes. Por otro lado, para solucionar las condiciones de vida en las aldeas, el Estado ofreció "bonos de arriendo", lo que resulta difícil de implementar en un área damnificada, donde la presión sobre el mercado tiende a subir los precios de alquiler, llevando a situaciones de hacinamiento y allegamiento. Al respecto, una entrevistada señala: *"Nos daban 200 mil pesos al tiro, como para pagar mes de garantía y mes de arriendo. Una casa que antes del incendio costaba 80 mil pesos, ahora costaba 120 mil pesos [...] y todas las familias son numerosas, hay que tener una casa con dos habitaciones y eso ya cuesta más de 150 lucas [...] todos querían arrendar y la gente se aprovechó, yo vivía en una casa con una sola habitación en un segundo piso y eso me costaba 80 mil pesos [...] y era tan precario y estaba en tan malas condiciones que yo me tuve que ir, no podíamos estar ahí con mi familia"*[23].

Por su parte, la vida en una aldea representa un gran esfuerzo de voluntad y empeño entre las personas que no se conocían de antemano. Este esfuerzo exige también elevados gastos, especialmente para la electricidad, que por su instalación provisoria puede resultar de mala calidad, con variaciones en el voltaje que pueden dañar los aparatos domésticos salvados del desastre, y pago de facturas elevadas. Es en estos términos que las personas entrevistadas refieren problemas asociados al atributo de gastos soportables.

En cuanto a la ubicación adecuada, el estudio da cuenta que los instrumentos de planeamiento socioespacial no contemplan áreas de reserva para posibles emergencias, por lo que las aldeas de emergencia suelen ubicarse en espacios periféricos o residuales. Una entrevistada refiere que la lejanía del asentamiento asignado impedía incluso la llegada de servicios básicos de saneamiento: *"antes ni siquiera podía subir el camión del agua y tenían que tirar mangueras por la carretera"*[24].

Por último, en materia de adecuación cultural, el carácter de asentamiento provisorio y de emergencia dificulta generar espacios que consideren la adecuación cultural de sus habitantes. Sin embargo, la lucha por la sobrevivencia en condiciones adversas durante tres a cuatro años, sí puede marcar un nuevo tejido de vínculos solidarios, como lo evidencia el caso analizado de una aldea en Constitución.

HALLAZGOS TRANSVERSALES Y SITUACIONES PRIORITARIAS

Además del análisis de cada tipología de asentamiento precario, a lo largo del estudio fue posible detectar algunos hallazgos transversales y situaciones que se revelan como prioritarias en materia del derecho a la vivienda adecuada.

Un primer aspecto a destacar es que, si bien hay situaciones de mayor precariedad en algunos asentamientos, en todos los casos analizados se observa algún grado de vulnerabilidad derivado del incumplimiento de uno o más atributos del derecho a una vivienda adecuada. A esto se suma la constatación de que la vulneración del derecho a la vivienda adecuada afectaría con mayor fuerza a algunos segmentos de la población, entre los que se encuentran i) las mujeres, principalmente aquellas que habitan en campamentos, así como a las jefas de hogares monoparentales en poblaciones y villas; ii) las personas adultas mayores y con discapacidad, pues las viviendas sociales no tienen estándares adecuados que faciliten su desplazamiento al interior de las casas en su entorno; iii) los jóvenes, quienes no necesariamente tienen la capacidad de pago o el interés de acceder a una vivienda en propiedad, única modalidad de la política habitacional chilena[25]; y iv) los colectivos no familiares[26], debido a que la persona postulante

23 Mujer, Rodelillo.

24 Mujer, Aldea Cerro Centinela.

25 Para mayor información, consultar el Decreto 1/2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que describe el actual Sistema Integrado de Subsidio Habitacional.

26 Como podría ser el caso de dos tías adultas mayores o los casos de familiares con lazos más lejanos.

a un subsidio habitacional (titular) solo puede acreditar a familiares directos como parte del núcleo beneficiario[27].

Otro elemento que se destaca en las entrevistas es la falta de información y situación de desventaja frente a las autoridades reclamada por los y las habitantes de asentamientos precarios, situación que se agudizaría en momentos de erradicación de campamentos, realización de reparaciones posterremoto o demoliciones. En estos casos, la exigencia tiene relación con obtener información oportuna y establecer instancias de participación en la toma de decisiones que, cuando corresponda, pudieran ser vinculantes.

Lo anterior está estrechamente relacionado con las situaciones de *mobbing*[28] que declara vivir una parte importante de las personas entrevistadas, sobre todo en la Villa Francisco Coloane de Puente Alto[29] y la Villa Futuro de Chiguayante[30], lo que se acompaña de una percepción de riesgo a ser desalojados/as forzosamente. Al respecto, una entrevistada señala: *"Hay asistentes sociales del SERVIU que nos amenazan diciendo que tenemos que irnos. Hicieron reuniones por block y nos amenazaban de esa forma, que si nosotros no nos íbamos, nos cortaban la luz y el agua y nos echaban a los pacos. Como los echamos de acá, de Villa Futuro, empezaron a llamar por teléfono"*[31].

Esta situación constituye un tema a ser monitoreado por el INDH, sobre todo porque la expansión de las ciudades y el crecimiento del mercado inmobiliario podrían generar presión para que poblaciones que hoy gozan de una buena conectividad se vean expulsadas hacia los límites de la ciudad y empeoren su calidad de vida.

27 Según el Decreto 1/2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la Declaración de Núcleo podrá incluir solamente a: i) su cónyuge o conviviente; ii) hijos/as de hasta 18 años del postulante o su cónyuge; iii) hijos/as mayores de 18 y hasta 24 años, del postulante o su cónyuge, que vivan juntos y a sus expensas; iv) padres del postulante o de su cónyuge, reconocidos como carga familiar, que vivan juntos y a sus expensas.

28 Concepto utilizado para denotar las distintas formas de presión desarrolladas por inmobiliarias o por el Estado, a efectos de que quienes residen en la zona abandonen sus viviendas.

29 Producto de la demolición de sus blocks para la implementación del Programa Segunda Oportunidad en la zona.

30 Conjunto habitacional que sufrió daños producto del terremoto de 2010 y cuya localización es apetecida por empresas privadas para el desarrollo de proyectos inmobiliarios de mayor valor.

31 Mujer, Villa Futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ATISBA. (noviembre de 2010). *Reporte Estudio Guetos en Chile.* Recuperado el 18 de octubre de 2012, de Atisba: http://atisba.cl/wp-content/uploads/2011/06/Reporte_Guetos_en_Chile2010.pdf

Cámara de Diputados. (2009). *Informe de la Comisión Especial relativa a las Denominadas Deudas Históricas.* Obtenido de http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=1744&prmtipo=SOBRETABLA

Comisión Asesora Presidencial para la Política Nacional de Desarrollo Urbano. (6 de mayo de 2013). *Política Nacional de Desarrollo Urbano.* Obtenido de MINVU: http://politicaurbana.minvu.cl/wp-content/uploads/2012/11/Pol%C3%ADtica-Nacional-de-Desarrollo-Urbano.pdf

Gobierno de Chile. (25 de septiembre de 2013). *Política Nacional de Desarrollo Urbano. Ciudades Sustentables y Calidad de Vida.* Obtenido de MINVU: http://politicaurbana.minvu.cl/wp-content/uploads/2012/11/Pol%C3%ADtica-Nacional-de-Desarrollo-Urbano-Definitiva.pdf

INDH. (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (en prensa). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos.* Santiago.

Larrañaga, O. (2010). *Las nuevas políticas de protección social en perspectiva histórica. Área de Reducción de la Pobreza y la Desigualdad. Documento de trabajo.* Obtenido de PNUD: http://www.pnud.cl/areas/ReduccionPobreza/2012/2010_4.pdf

MINVU. (2010). *Encuesta Panel de Vivienda.* Obtenido de http://www.observatoriohabitacional.cl/opensite_20080317172111.aspx

MINVU. (2011). *Catastro 2011: Mapa Social de Campamentos.* Obtenido de http://www.minvu.cl/aopensite_20110523144022.aspx

MINVU. (2012). *Plan Integral de Rehabilitación Urbana Bajos de Mena 2012-2014.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://issuu.com/gobiernodechile/docs/plan_reconversi_n_urbana_bajos_de_mena

Observatorio Habitacional. (s/f). *Subsidios otorgados y pagados período 1973-1989*. Obtenido de MINVU: http://www.observatoriohabitacional.cl/opensite_20080122171314.aspx

Rabi, S., & Aguirre, B. (2001). Trayectoria institucional de la CORVI. En A. Raposo, *Espacio urbano e ideología. El paradigma de la Corporación de la Vivienda en la arquitectura habitacional chilena 1953-1976*. Santiago: Universidad Central.

Rolnik, R. (3 de mayo de 2012). *Entrevista de Patricio López a Raquel Rolnik*. Obtenido de Radio Universidad de Chile: http://radio.uchile.cl/wp-content/uploads/2012/05/Sem%C3%A1foro-Web-03-05-012.mp3



DERECHO AL AGUA

Fotografía: Enrique Cerda



DERECHO AL AGUA

ANTECEDENTES

El agua es un elemento indispensable para la vida. Este vital recurso se ha vuelto escaso, entre otras causas, por el cambio climático y los procesos de desertificación asociados a este fenómeno, el aumento de la demanda con motivo de la explosión demográfica y el creciente requerimiento de la industria extractiva, minera, energética, de manufacturas y forestal. Con ello se han generado tensiones en relación con el acceso y control del recurso, cuestionamientos en torno a los modelos de propiedad y patrones de uso del agua, lo que se ha visto reflejado en el incremento de los conflictos socioambientales (INDH, 2012).

En el Informe Anual 2012, el INDH abordó sucintamente el derecho al agua en relación con los pueblos indígenas, y señaló, en consonancia con lo afirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el agua constituye un recurso limitado, indispensable para vivir dignamente, y que garantizar su acceso representa una condición previa para la realización de otros derechos humanos.

En Chile estos conflictos están asociados a cuestiones de carácter normativo. Existe un debate respecto del tratamiento jurídico de las aguas y de los derechos de aprovechamiento en el Código de Aguas, a lo que se agrega los problemas de sustentabilidad de los sistemas hidrológicos, y situaciones de sobreexplotación y contaminación. Estos conflictos evidencian los desafíos regulatorios del régimen de aguas chileno para cautelar la integridad de los ecosistemas, garantizar las funciones ambientales, sociales y económicas que tiene el agua, y eliminar brechas de acceso a este vital recurso.

En opinión de algunas organizaciones de la sociedad civil[1], y también del Banco Mundial (2011 y 2013), los conflictos derivan de las particularidades del régimen de aguas chileno, que incorpora criterios de mercado y permite la concentración de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, una de cuyas consecuencias es la exclusión de sectores de la población, especialmente los más vulnerados (comunidades rurales e indígenas). En el Día Mundial del Planeta, en abril de 2013, 70 organizaciones sociales convocaron y otras 50 adhirieron a una marcha por Santiago, demandando la "defensa y recuperación del agua"[2].

Adicionalmente, se han formulado denuncias sobre usurpación de agua. La más conocida por la opinión pública fue la formulada por la organización Movimiento por la Defensa del Agua, Protección de la Tierra y Respeto al Medio Ambiente –MODATIMA–, que ha denunciado en la comuna de Petorca, zona declarada de emergencia hídrica por la Comisión Nacional Hídrica, que los ríos Petorca y la Ligua han sido intervenidos por terceros perjudicando el acceso de pequeños parceleros y de la población para su consumo (CNN, 2012). Estas denuncias han abierto investigaciones criminales y fiscalizaciones por parte de la Dirección General de Aguas[3].

1 Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, OLCA; Movimiento por la Defensa del Agua, Protección de la tierra y respeto al Medio Ambiente. (MODATIMA). La Ligua, Petorca; Observatorio Ciudadano.

2 Marcha realizada el 22 de abril de 2013 en la ciudad de Santiago. Listado de convocantes y adherentes como de las demandas planteadas disponibles en: http://recuperacionydefensadelagua.blogspot.com/p/marcha-2013_2.html
Estas organizaciones denuncian que en Chile "[l]os niveles de concentración de propiedad son simplemente escandalosos (…) Los derechos consuntivos (no devuelven un caudal al río [el agua se consume en el proceso productivo]) se encuentran fundamentalmente en manos de empresas mineras y agroexportadoras, mientras que más del 80% de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos (devuelven un caudal al río) se encuentra en manos de transnacionales como ENDESA".

3 Informe de la Comisión Investigadora encargada de analizar las extracciones ilegales de aguas y áridos en los ríos del país. Aprobado por la Cámara de Diputados Sesión 39ª (Legislatura 360ª), celebrada el 7 de junio de 2012. "Fiscalización en Provincias de La Ligua y Petorca". En cuanto a las denuncias de extracciones e infracciones al Código de Aguas hay tramitadas 92 denuncias, de ellas 59 han sido resueltas, 21 de ellas acogidas, de las que 15 se refieren a extracciones no autorizadas, debiéndose enviar los antecedentes al juzgado de letras y al Ministerio Público.

En mérito de estas y otras denuncias de igual tenor, la Cámara de Diputados aprobó la creación de una Comisión Investigadora encargada de "analizar la extracción ilegal de aguas en los ríos de Chile (…)"[4], cuyo informe fue aprobado por la Cámara en junio de 2012[5]. El informe concluyó que a los problemas derivados del estrés hídrico que experimenta el país fundamentalmente en las zonas central y norte, "[s]e unen los problemas de gestión en nuestro país y que encuentran su origen en la Constitución Política de la República de 1980, sus leyes complementarias y el Código de Aguas. Ello ha posibilitado que históricamente se entreguen derechos en forma excesiva, más allá de las necesidades y, en muchos casos, en forma especulativa, sin existir proyectos concretos que respalden la solicitud y sin entregar al Estado atribuciones suficientes para resguardar la primacía del bien común por sobre los intereses de los particulares"[6]. Las recomendaciones de la Cámara indicaron que es necesario avanzar en "[e]stablecer un nuevo estatuto del agua que vincule los derechos de aprovechamiento a la propiedad de la tierra"[7].

En el presente apartado se describe el estado actual del debate en torno al derecho al agua en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, y se analiza la regulación normativa y la política pública vigente en el país, a los fines de identificar el nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en esta materia.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El derecho humano al agua, aun cuando no específicamente reconocido como derecho, se ha desarrollado como parte del derecho internacional desde 1999, cuando la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se pronunció a favor de reconocer que el derecho al agua es una de las bases del derecho al desarrollo. Sin embargo, existen precedentes de la discusión internacional en torno a esta temática que datan de 1972, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo), que propugna la protección del agua como un recurso natural esencial para el uso sustentable por las generaciones actuales y futuras[8]. Posteriormente, en 1977, la ONU se pronunció sobre este mismo punto en la Conferencia sobre el Agua (Mar del Plata)[9], donde "se subrayó que la evaluación de los recursos hídricos era el requisito previo al planteamiento, desarrollo y diseño de políticas, explotación y regulación de los recursos hídricos".

En la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA) que tuvo lugar en Dublín en 1992, se aseveró que la escasez y el uso abusivo del agua dulce planteaban una creciente amenaza para el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente[10]. En el mismo año, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Rio de Janeiro) se aprobó la Agenda 21, un programa de acción para el desarrollo sustentable en el que se fijaron directrices políticas para el aprovechamiento y el uso de los recursos hídricos con vistas a satisfacer las necesidades básicas y a otorgar protección a los ecosistemas[11]. Posteriormente se adoptaron otras normas que se ven expresadas en la Convención sobre Cambio Climático[12] y la Convención de Lucha contra la Desertificación y Sequía[13].

El 2010 la Asamblea General de la ONU mediante resolución reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos[14].

4 Cámara de Diputados sesión 27ª, celebrada el 11 de mayo de 2011.

5 Cámara de Diputados Sesión 39ª (Legislatura 360ª), celebrada el 7 de junio de 2012.

6 Informe de la Comisión Investigadora encargada de analizar las extracciones ilegales de aguas y áridos en los ríos del país, *op. cit.*, pág. 84.

7 Ibídem, pág. 85.

8 Principio 2, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, 16 de junio de 1972, U.N. Doc. A/CONF.48/14 Rev.1.

9 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 al 25 de marzo de 1977.

10 http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/espanol/icwedecs.html

11 Capítulo 18: "Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce".

12 Entró en vigor en 1994. Fue ratificada por Chile en diciembre de 1994 y publicada en el Diario Oficial el 13 de abril de 1995.

13 Entró en vigor en 1996. Fue ratificada por Chile en 1997.

14 Resolución 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento, aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010.

El Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ha reconocido que el derecho al agua es un derecho que debe ser garantizado al amparo del Pacto. En 2002 estableció en forma expresa la relación entre derechos humanos y agua al adoptar la Observación General N°15[15], que determinó el contenido sustantivo de este derecho y las obligaciones que en base a ello deben asumir los Estados que han ratificado el tratado. La base del reconocimiento de este derecho es el aseguramiento de un mínimo de vida digna. Esta afirmación corresponde a la interpretación que el órgano de control ha dado al párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC, que identifica una serie de derechos que emanan precisamente del derecho a acceder a un nivel de vida adecuado, incluida la alimentación, vestido y vivienda adecuadas, condiciones indispensables para la concreción del derecho a un mínimo de vida digna. Así, el Comité DESC planteó que "[e]l uso de la palabra 'incluso' indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia".

El derecho humano al agua corresponde a los denominados derechos humanos emergentes, con los cuales el derecho internacional busca responder a las nuevas necesidades que enfrenta la sociedad internacional (Saura, 2011). Cabe consignar, sin embargo, que hay antecedentes del derecho al agua potable y saneamiento en diversos tratados de derechos humanos. Entre estos, en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14); en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14.2); en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 28); y en el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5). En el plano regional se hace referencia a este derecho en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (art. 14) y en el Protocolo relativo a los derechos de la mujer de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 15).

15 Comité DESC Observación General Nº 15 sobre el derecho al agua, adoptada en la 29ª sesión en Ginebra del 11 al 29 de noviembre de 2002.

Según desarrollos normativos y a lo establecido en la Observación General N°15 del Comité DESC, la definición del derecho humano al agua en general aceptada es "el derecho de todos sin discriminación a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico"[16]. Los indicadores que permiten evaluar la garantía de este derecho son disponibilidad, calidad, accesibilidad y participación. De manera complementaria, la experta independiente de Naciones Unidas, Sra. Catarina de Alburquerque, agregó los criterios de seguridad y asequibilidad, así como los principios de no discriminación, participación, responsabilidad, efectividad y sostenibilidad[17].

El derecho al agua también involucra el derecho al desarrollo, a la salud, al medio ambiente y a la autodeterminación, según lo ha consignado expresamente el Comité DESC en diversas observaciones interpretativas[18] de los artículos 11 y 12 del instrumento internacional, que como tal complementan la interpretación de la Observación General N° 15 respecto de la naturaleza jurídica del derecho humano al agua.

Sistematizando, las obligaciones básicas del Estado a la luz de lo expuesto son[19]:

- Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades;
- Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y

16 Ibídem.

17 Informe de la Experta Independiente, doc. A/HRC/15/31/Add.1., julio de 2010.

18 Comité DESC. Observación General Nº 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto) doc. E/1991/23, 1991.Observación General Nº 7 sobre los desalojos forzosos, doc. E/1999/22, anexo IV, 1997; Observación General Nº 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12) doc. E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000.

19 Comité DESC. Observación General Nº 15 sobre el derecho al agua, *op. cit.*

regular de agua salubre; que tenga un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;

- Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán proveer métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia, que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciba la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
- Vigilar el grado de realización del derecho al agua;
- Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular, velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

El derecho al agua, igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos de obligaciones a los Estados: respetar, proteger y garantizar[20].

De cara a estas obligaciones, el Estado debe hacer todo lo que esté a su alcance para proveer a la población de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, debiendo asegurar el derecho prioritario de grupos vulnerados y zonas rurales. Esto supone desarrollar programas destinados a un mejor aprovechamiento de los recursos hídricos como la gestión y el manejo integrado de cuencas[21], catastro de recursos hídricos y monitoreo ambiental.

BASES JURÍDICAS DEL RÉGIMEN DE AGUAS EN CHILE

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente que "cada Estado tiene un margen de discreción al determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona disfrute del derecho al agua, lo antes posible. Las medidas nacionales encaminadas a asegurar no han de obstaculizar el disfrute de otros derechos humanos"[22]. Lo anterior significa, entre otras cosas, que los estándares internacionales no establecen un régimen jurídico exigido o prohibido para la regulación y el aprovechamiento de las aguas, sino obligaciones que tienen los Estados respecto del acceso, en particular, para el consumo personal y doméstico. Por otra parte, el documento también reconoce que las medidas que se adopten a nivel nacional para asegurar el disfrute del derecho al agua no pueden lesionar el goce de otros derechos humanos.

En Chile, de conformidad con el artículo 595 del Código Civil y el artículo 5 del Código de Aguas, este recurso es concebido como un bien nacional de uso público[23]. La Constitución Política de la República[24] y el propio Código de Aguas de 1981[25] otorgan a los particulares el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de ellas,

20 Estas directrices emanan de la Observación General Nº 3 que regula las Obligaciones del Estado en relación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Esta misma nomenclatura recoge la Observación General Nº 12, que regula el derecho a la alimentación E/C.12/1999/5, párr. 15. Lo propio hace la Observación General Nº 15, párr. 20.

21 El término manejo de cuencas proviene de una traducción libre y literal del término acuñado en los Estados Unidos de Norteamérica de *Watershed Management* que hace referencia a los programas de control de la descarga del agua captada por las cuencas en cantidad, calidad y tiempo de ocurrencia.

22 Comité DESC, Observación General Nº 15, párr. 45.

23 Los bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como calles, plazas, puentes, caminos, el mar adyacente y sus playas. Inciso segundo, artículo 589 del Código Civil.

24 El artículo 19 Nº 24 de la Constitución de 1980.

25 DL 1.222 de 1981 –Código de Aguas– y Ley Nº 20.027 de 2005 y Ley Nº 20.099 de 2006, que modifican el Código de Aguas.

consagrando así un marco normativo que, a juicio de algunos autores, podría relativizar la condición pública de dicho bien. En efecto, según el marco normativo vigente, el agua es concebida como un *commodity* (mercancía). En la base de esta regulación está la convicción de que su aprovechamiento por parte de la industria de bienes (agua cruda) y servicios (agua potable y saneamiento) se garantiza de un modo más eficaz mediante la libre circulación de estos bienes en el mercado[26].

El régimen de aguas chileno pasó de un modelo concesional sujeto a mecanismos de priorización de usos y reglas de caducidad para resguardar la función pública del recurso y el interés común (Código de 1951[27]), a uno donde la asignación originaria de los derechos de aprovechamiento se efectúa por la autoridad local, con posterioridad a ello los derechos se pueden transar libremente en el mercado, sin que la Administración pueda incidir en tales transacciones. Algunos autores indican que con ello la condición de bien nacional de uso público pierde su contenido jurídico. Lo anterior ha permitido también la concentración de derechos

26 Gentes, 2007 [Büchi, 1992: 85-87]

27 El primer Código de Aguas fue promulgado en 1951. Este cuerpo legal mantuvo la definición establecida en el Código Civil de las aguas como bienes nacionales de uso público y reglamentó los derechos de uso bajo la modalidad de "derechos de aprovechamiento". Sin embargo, hay notables diferencias en el régimen regulatorio instaurado por este código y el actualmente vigente. Según el Código de 1951, estos derechos tenían la naturaleza jurídica de concesiones administrativas otorgadas por el Estado, condicionadas al uso específico que había determinado su otorgamiento y al aprovechamiento beneficioso del agua, lo que determinaba la caducidad del derecho por no uso, el que debía ser restituido al patrimonio público. Respecto de la concesión, el titular ejercía un derecho de propiedad que le permitía comercializar los derechos concesionados, debiendo obtener previamente la aprobación de la asociación de canalista de la que formaba parte dicho concesionario, previo a su enajenación. El Código de 1951, además, armonizaba los intereses en conflicto dando preferencia a ciertas categorías de uso, las que en orden de prioridades correspondían a los siguientes usos: consumo personal y doméstico; riego; generación de electricidad y otros usos industriales. Las categorías de preferencia permitían dirimir las solicitudes a favor de aquella que esgrimía un uso prioritario, de acuerdo con el orden de prelación antes señalado. La Ley de Reforma Agraria Nº 16.640, promulgada en 1967, modificó el código de aguas. La reforma pretendía adecuar la institucionalidad del Código de Aguas a los requerimientos que imponían los cambios en la estructura agraria propiciados por la Reforma Agraria y que exigían modificar conjuntamente con la propiedad de la tierra, la propiedad de las aguas que la beneficiaban. El objetivo principal de la reforma legal era facilitar los procesos de transformación del agro y aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua. En ambos instrumentos se salvaguarda preferentemente los derechos de la población a acceder a agua para el consumo humano y los derechos de usuarios tradicionales para el desarrollo de sus actividades productivas, principalmente agrícolas (Matus, Fernández, & Aedo, 2004)

de agua en manos de particulares para diversos fines, lo que ha incidido a su vez en el alto precio de estos bienes en el mercado. El establecimiento del pago de una patente por no uso de las aguas buscó hacer frente a esta situación por la vía de generar incentivos a su uso, desincentivar la especulación y favorecer una mayor circulación en el mercado; existe hoy discusión sobre la efectividad de esta reforma introducida al Código de Aguas en 2005. Por otra parte, preocupa al INDH que este escenario pueda generar situaciones de inequidad para usuarios tradicionales y grupos vulnerados que han sido excluidos del acceso a los recursos hídricos existentes en sus territorios o en acuíferos ribereños a estos espacios territoriales. Para el INDH sea cual fuere la forma en que se regule el acceso, este debe garantizar accesibilidad, asequibilidad, calidad y adaptabilidad, sin discriminación.

La actual regulación otorga al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas un derecho de dominio, y por tanto, facultades para usar, gozar y disponer del recurso libremente[28]. El derecho es transferible (es decir, se puede vender), transmisible (se puede heredar), y susceptible de adquirirse y perderse por prescripción (por el transcurso del tiempo) según las normas del Código Civil[29]. No existe mecanismo de caducidad del derecho, el que se pierde solo en caso de venta o renuncia voluntaria del titular[30]. El derecho es otorgado gratuitamente por el Estado, salvo que el titular no haga aprovechamiento productivo del recurso, en cuyo caso debe pagar una patente por el no uso[31]. El procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas se tramita ante la Dirección General de Aguas y concluye con una resolución constitutiva de los derechos que se solicitan[32].

28 Código de Aguas, artículo 6, inciso 2º.

29 Código de Aguas, artículo 2.

30 Ibídem, artículo 6.

31 Ibídem, artículos 129 bis 4 y siguientes.

32 Excepcionalmente el DAA puede ser constituido por el Presidente de la República. Ello ocurre en el caso del artículo 142 inciso 1º, en caso de remate cuando hay dos o más solicitudes sobre un mismo acuífero y la disponibilidad de aguas no es suficiente para satisfacer los requerimientos. También por circunstancias excepcionales y de interés general, el Presidente de la República puede constituir directamente el derecho de aprovechamiento.

El Código de Aguas ha reconocido los derechos de usuarios tradicionales sobre la base del uso consuetudinario[33] y también el de titulares de derechos inscritos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho código[34]. Por su parte la Ley Nº 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas reconoció el derecho de propiedad ancestral sobre las aguas de uso inmemorial a las comunidades aimaras atacameñas. No obstante, la regularización de estos derechos de base consuetudinaria se somete al procedimiento establecido en el Código de Aguas (párrafo 1, Título I del Libro II). El Banco Mundial (2011) indica que estos procedimientos son ineficaces, ya que son complejos y largos. Se observa una excesiva judicialización de los procedimientos, que impone barreras de acceso a los usuarios tradicionales para sanear sus derechos.

El concesionario minero tiene derecho de aprovechamiento de las aguas alumbradas en las labores de exploración, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de la concesión. El titular de la concesión goza de este derecho por el solo ministerio de la ley, el que es inseparable de la concesión y se extingue con esta[35]. El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujeta a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables[36].

En enero de 2000 entró en vigor la Ley Nº 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmicas (LCEG)[37]. Siguiendo la lógica establecida en otros cuerpos legales, como es el caso de la legislación minera, el titular de una concesión de energía geotérmica tiene por el solo ministerio de la ley, y en la medida necesaria para el ejercicio de la concesión, el derecho de aprovechamiento, consuntivo y de ejercicio continuo, de las aguas subterráneas alumbrada en los trabajos de exploración y explotación.

33 DL 2603 artículo 7, y 2 transitorio del Código de Aguas.

34 Código de Aguas, artículo 311 y 1 transitorio.

35 Código de Minería, artículo 110.

36 Ibídem, artículo 111, y Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (LOCCM), artículo 8, inciso final.

37 La concesión geotérmica está concebida como un derecho real inmueble distinto e independiente del dueño del predio superficial, oponible al Estado y a cualquier persona, transferible y transmisible, susceptible de todo acto o contrato, amparado por el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 Nº 24 de la Constitución y artículo 5 de la LCEG.

En junio de 2005, tras 12 años de tramitación, se promulgó la Ley Nº 20.017 que modificó el Código de Aguas de 1981. Entre los fundamentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo para propiciar la reforma estuvo precisamente generar las condiciones adecuadas para un mejor aprovechamiento de los recursos hídricos en el país. Otro objetivo explícito fue favorecer la libre competencia y corregir las fallas de los mercados de aguas eliminando las prácticas monopólicas, la especulación y el acaparamiento del recurso (Yañez & Molina, 2011).

Esta normativa impuso correcciones al mercado de aguas, sobre todo en lo que refiere a la protección de los derechos de usuarios tradicionales, sean indígenas, campesinos o pobladores rurales, para el desarrollo de sus actividades de subsistencia y la integridad de sus ecosistemas. Así, por ejemplo, consideró para la protección ambiental de las cuencas hidrográficas el establecimiento de un caudal ecológico[38]. La reforma impuso la obligación de justificar el caudal solicitado en función de la actividad económica a realizar y concedió la facultad para denegar las peticiones excesivas a la Dirección General de Aguas.

Es a partir de esta reforma que se incorporó el Titulo X "De la Protección de las Aguas y Cauces", lo que constituye la primera norma de protección ambiental de las aguas superficiales. De acuerdo con la historia de la ley, hasta antes de la reforma, si la protección no estaba vinculada a la agricultura o a la salud de las personas, "las aguas quedan indefensas frente a la depredación, deterioro o contaminación que puedan realizar quienes hagan abuso de ellas"[39]. Se dispone como mecanismo de protección ambiental el establecimiento de un caudal ecológico, como medida para la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente. El establecimiento de un caudal ecológico solo afectará los nuevos Derechos de Aprovechamiento de Aguas que se constituyan y deberá considerar las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial[40].

La reforma del 2005 impone a la Dirección General de Aguas la obligación de establecer una red de estaciones

38 Código de Aguas, artículo 129 bis 1.

39 Historia de la Ley Nº 20.017, pág. 7.

40 Código de Aguas, artículo 129 bis 1.

de control de calidad, cantidad y niveles de las aguas tanto superficiales como subterráneas en cada cuenca u hoya hidrográfica. Esta norma es significativa porque dispone, además, que la información debe ser pública y proporcionarse a quien la solicite[41]. El contar con acceso a dicha información permitirá proteger y exigir la adopción de medidas frente a la contaminación de las fuentes hídricas.

Cabe resaltar que el derecho de aprovechamiento de aguas puede ser de dos clases: no consuntivo y consuntivo. El consuntivo es el que autoriza a su titular a consumir totalmente las aguas en cualquier actividad[42]. Por su naturaleza, son derechos de este tipo los que se otorgan a la minería para el beneficio de los minerales y a la agricultura para riego (Gentes, 2077). Los derechos de agua no consuntivos constituyen una novedad del Código de Aguas de 1981, destinados a proveer de agua principalmente a las empresas generadoras de energía hidroeléctrica (Gentes, 2077). El derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite ocupar el agua sin consumirla y que obliga a restituirla al acuífero del modo que indica el título concesional. La distinción es relevante, porque tratándose de un aprovechamiento no consuntivo el agua es restablecida a la fuente de origen, pudiendo ser utilizada nuevamente.

POLÍTICAS PÚBLICAS

Los órganos encargados de la política hídrica en Chile son: la Dirección General de Aguas (DGA) –servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas[43]–; la Comisión Nacional de Riego (CNR), persona jurídica de derecho público, cuyo objeto es asegurar el incremento y mejoramiento de la superficie regada del país y que se relaciona con el Ministerio de Agricultura[44]; y la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH) del Ministerio de Obras Públicas, que tiene por misión proveer de servicios de infraestructura hidráulica que permitan el óptimo aprovechamiento del agua y la protección del territorio. También tienen competencia en estas materias el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario (INDAP) y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Todos ellos tienen a su cargo la ejecución de diversos programas orientados a garantizar el derecho al agua de usuarios tradicionales[45]. Para el desarrollo de sus economías de subsistencia, los programas han puesto el énfasis en constituir y regularizar derechos de aprovechamiento de agua individuales[46] y conformar las organizaciones de usuarios para la gestión del agua: esto es, comunidades de agua cuando los usuarios aprovechan en común un canal o embalse; o bien, una Junta de Vigilancia cuando aprovechan un mismo cauce natural[47].

Uno de los programas que cabe destacar es el Programa de Agua Potable Rural (APR)[48] de la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, que tiene como misión abastecer de agua potable a localidades rurales[49] contribuyendo al desarrollo económico y a la integración social del país. Sus objetivos son dotar de agua potable a la población rural, según calidad, cantidad y continuidad, y promover una participación responsable y permanente

41 Ibídem, artículo 129 bis 3.

42 Código de Aguas, artículo 13.

43 Ibídem, artículo 298. El jefe superior de este servicio se denomina Director General de Aguas y es de exclusiva confianza del Presidente de la República.

44 DFL Nº 7 de 1983.

45 Organizaciones legalmente constituidas, Grupos de usuarios de organizaciones legalmente constituidas, Organizaciones de hecho (Comunidades de aguas no organizadas, conformadas total o mayoritariamente por beneficiarios de INDAP; Grupos de usuarios de comunidades de aguas no organizadas.

46 El derecho de aprovechamiento constituye un derecho real, que le confiere a su poseedor la propiedad sobre el recurso. El propietario está facultado a usar el agua, obtener beneficios de este uso y disponer del recurso.

47 Código de Aguas, artículos 186 y ss.

48 La primera etapa del Programa Nacional de Agua Potable Rural (APR) para localidades concentradas partió en 1964, y la unidad ejecutora fue hasta 1970 la Oficina de Saneamiento Rural del Ministerio de Salud. A partir de 1969 se sumaría también a este proceso la Unidad de Agua Potable Rural del Departamento de Obras Civiles de la Corporación de Reforma Agraria, tomando la responsabilidad del tema en aquellos sectores reformados. La segunda etapa se lleva a cabo entre los años 1977 y 1981, con la participación del Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS) como entidad ejecutora. En la tercera (1981-1986) y la cuarta (1986-1990) etapas se mantiene a SENDOS como unidad ejecutora. Entre 1990 y 1992 la responsabilidad del programa recayó en el Ministerio de Obras Públicas mediante la Unidad Ejecutora Programa BID, instancia que más tarde, bajo el nombre de Departamento de Programas Sanitarios, se haría cargo nuevamente. En 1993, por un breve período, la responsabilidad sobre el programa APR recae en la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO). Desde 1994, el Programa Nacional de Agua Potable Rural estuvo bajo la administración del Departamento de Programas Sanitarios, lo que se prolongó hasta 2010. A partir de 2011 se crea la Subdirección de Agua Potable Rural que asume esta responsabilidad hasta la fecha, dependiendo de la Dirección de Obras Hidráulicas.

49 Paillao; Sector de Ojo Bueno en Punta Arenas; Maule; Crucero y Champulli. http://www.doh.gob.cl/APR/Paginas/Noticias.aspx

de los habitantes beneficiados para que sea la propia comunidad organizada la que administre el servicio una vez construido. El Programa de Agua Potable Rural dispone de un presupuesto para 2013 de 47 mil millones de pesos[50].

Otra de las acciones impulsadas por el Estado, ejecutada en este caso por el INDAP, es el Programa de Riego Asociativo[51](PRA). El objetivo de este Programa es cofinanciar inversiones en obras de riego o drenaje, extraprediales o mixtas, contribuyendo de esta manera al mejoramiento de los ingresos económicos y al desarrollo de la competitividad y sostenibilidad de los negocios de los beneficiarios del programa[52]. Otro Programa desarrollado por INDAP es el Bono Legal de Aguas[53]; este instrumento permite entregar incentivos económicos de hasta el 90% del costo bruto de consultorías que resuelven problemas asociados a las aguas que ocupan los beneficiarios de INDAP, a fin de que mejoren la gestión de los recursos y se facilite su acceso a instrumentos de fomento del Estado para mejorar sus sistemas de riego dentro y fuera de sus predios, en particular los que promueve el Estado mediante la Comisión Nacional de Riego y/o CONADI.

SISTEMA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

En Chile el agua potable y los servicios de saneamiento en zonas urbanas son provistos por empresas de servicios sanitarios, mayoritariamente privadas. En 1989 se promulgó la Ley General de Servicios Sanitarios, DFL N° 382 del Ministerio de Obras Públicas, que fijó la normativa de operación de las empresas de servicios sanitarios (públicas y privadas), las condiciones de servicio y el régimen de concesiones aplicables a este sector.

Esta normativa permitió la privatización de estos servicios básicos. El proceso se consumó durante la administración del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-1999) y la de Ricardo Lagos Escobar (1999-2005), y concluyó en el actual gobierno por medio del remate de los derechos fiscales en empresas sanitarias privatizadas, efectuado por la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO). Esta entidad remató en 2011 las acciones que el Estado mantenía bajo propiedad pública en la Empresa Sanitaria y de Servicio de Valparaíso (ESVAL)[54], en la Empresa Sanitaria y de Servicio del Bío Bío (ESSBIO)55 y en Aguas Andinas[56], reservándose solamente el 5% en cada una de las empresas[57]. Así, en la actualidad, el 95,4% de las empresas que proveen el servicio de agua potable y saneamiento en Chile son privadas, con excepción de algunos servicios que son gestionados por los municipios como es el caso del Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Maipú (SMAPA), y de igual modo los administrados por la Municipalidad de Nogales y Puerto Octay, respectivamente (Chile Sustentable, 2012: 13).

En materia de accesibilidad al agua potable, para superar las barreras de accesibilidad que impone el precio del servicio, se ha establecido un sistema de subsidios para garantizar el acceso al agua potable y al saneamiento de los sectores más pobres en el radio urbano. De acuerdo con la Ley N° 18.778 de Subsidios y su Reglamento, establecido por Decreto Supremo N°195 de 1998 del Ministerio de Hacienda[58], el subsidio al pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado es otorgado y administrado por las respectivas municipalidades de cada comuna, y está disponible para los clientes residenciales tanto de los servicios públicos de agua potable como alcantarillado de aguas servidas. Con este beneficio, el Estado financia una parte de un consumo máximo de 15 metros cúbicos mensuales de agua potable y servicio de alcantarillado, el que se descuenta en la boleta que el

50 http://www.minagri.gob.cl/flip/Reporte%20de%20Cumplimiento%2025%20Compromisos/files/assets/basic-html/page49.html

51 http://www.indap.gob.cl/programas/riego-asociativo

52 Organizaciones legalmente constituidas, grupos de usuarios de organizaciones legalmente constituidas, organizaciones de hecho (comunidades de aguas no organizadas, conformadas total o mayoritariamente por beneficiarios del INDAP; Grupos de usuarios de comunidades de aguas no organizadas, conformadas total o mayoritariamente por beneficiarios del INDAP; Grupos de usuarios propiamente tal, comunidades de hecho, distinto a los anteriores, conformados total o en un 75% por beneficiarios de INDAP).

53 http://www.indap.gob.cl/programas/bono-legal-de-aguas

54 La propiedad fiscal ascendía a 29,43%.

55 La propiedad fiscal ascendía a 43,44%.

56 La propiedad fiscal ascendía a 34,98%.

57 No se concretó el remate de acciones en la Empresa Sanitaria y de Servicios de Los Lagos, donde las acciones del Fisco de Chile representan el 45,46%.

58 El Ministerio de Hacienda fija cada año las cantidades de subsidios disponibles para el año calendario. Para el presente año 2013 los subsidios han sido establecidos de acuerdo con el Decreto Exento N° 30 de 17 de enero de 2013, del Ministerio de Hacienda.

beneficiario/a recibe, debiendo pagar este solo la diferencia. Por otra parte, de acuerdo con la Ley N° 19.949, que estableció un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza (Quintil I) denominado "Chile Solidario", existe una cantidad adicional de subsidios al consumo de agua potable y alcantarillado, que cubren el 100% de los primeros 15 metros cúbicos de consumo mensual[59]. Los beneficiarios del subsidio de agua potable y saneamiento son 700.000 personas (Chile Sustentable, 2012: 7).

De esta forma, el régimen de aguas chileno cumple en esta materia con la exigencia de accesibilidad de los sectores más vulnerados de la población en zonas urbanas, como exigen los estándares internacionales. Sin embargo, preocupa al INDH la situación de un amplio porcentaje de la población que debe pagar altas tarifas por el servicio y en especial la de quienes, no estando en los quintiles I y II[60] (que corresponde a los segmentos más pobres de la población), no pueden acceder a los beneficios del subsidio. Cabe consignar que en Chile los servicios de provisión de agua potable y saneamiento, incluyendo red de alcantarillado y tratamiento de aguas servidas, son de alto estándar (cantidad, calidad y accesibilidad) y en ello el Estado ha cumplido con sus obligaciones internacionales. El caso del campamento Felipe Camiroaga es ilustrativo en este sentido; frente a la privación de acceso al agua por parte del municipio, la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció: "Que sin perjuicio de lo anterior, y habiéndose señalado lo vital que resulta el elemento agua potable y su carácter esencial para el desarrollo del ser humano, la privación de este por parte del municipio, constituye una amenaza al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del campamento 'Felipe Camiroaga', como asimismo, una amenaza al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación"[61].

Sin embargo, persisten brechas de acceso al agua potable en el medio rural. En la actualidad el déficit de soluciones de agua potable en el medio rural alcanza a 20% y esta brecha es aún mayor en materia de saneamiento rural, donde el déficit en alcantarillado alcanza al 48,1% (Chile Sustentable, 2012: 13).

ESTUDIOS DE CASOS

Como se señaló, el Estado ha impulsado políticas públicas destinadas a garantizar el acceso a los recursos hídricos. Los resultados de estas políticas –en lo que refiere a sectores vulnerados (pequeños agricultores, campesinos e indígenas, y comunidades agrícolas)– evidencian que a pesar de estos programas y de la inversión pública, persiste la brecha de acceso para estos sectores, debido al rezago con que han accedido a la titularidad de derechos de agua, y que está directamente asociado a la concentración de estos derechos.

El INDH considera que la regla que establece la Ley N° 19.253 para las comunidades atacameñas se respetara y fuera extendido en general a las comunidades indígenas cualquiera que ellas sean: "No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas" (art. 64). En igual sentido, los fallos sobre Toconce y Chusmiza emitidos por la Corte Suprema en los que se reconocen los derechos ancestrales de aprovechamiento de aguas[62] deberían ser extendibles a las comunidades indígenas en general.

En la medida que los derechos de aprovechamiento de aguas son limitados y se concentran en las empresas privadas, su accesibilidad para los pequeños grupos continúa siendo limitada. Un caso que grafica esto es la situación de la cuenca del río Loa. La distribución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, fundamentales para el abastecimiento del cauce superficial, se encuentra en manos de la gran minería (pública y privada), concentrando el 93% de estos derechos. Esta cuenca irriga el territorio ancestral de comunidades indígenas de origen atacameño y quechua, y provee de agua a las comunas de Ollagüe, Calama, María Elena y Tocopilla. La explotación minera es de antigua data, sin embargo, en las últimas décadas se ha multiplicado producto del crecimiento del sector.

59 Véase http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3556.html

60 Hasta 11. 734 puntos ficha Protección Social. Esta nota no se entiende a menos que seas un especialista.

61 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 10.140-2012 de 28 de junio de 2012.

62 Corte Suprema, Rol 986, año 2003 y Rol Nº 7287-2009, respectivamente.

A la situación de estrés hídrico natural que caracteriza la cuenca del río Loa, emplazada en el desierto más árido del planeta, se suma la presión de nuevos proyectos para acceder al agua por ser este un recurso esencial para los procesos mineros. Se observa una situación preocupante, que se expresa en la declaración del río Loa como zona de restricción para nuevas extracciones subterráneas de 2000[63]. No obstante, se han otorgado nuevas autorizaciones de extracción como es el caso del proyecto Pampa Puno de la División CODELCO Norte, sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y aprobado, que pretende extraer 400 l/s de agua del sector, argumentando que se trata de una cuenca confinada que no vierte al río Loa, cuestión que ha sido controvertida por las comunidades indígenas ribereñas, en particular por la comunidad de Taira (Yáñez & Molina, 2011)[64].

Otro caso lo constituye la cuenca hidrográfica del río Huasco, ubicada en la Región de Atacama, con una extensión de 9.850 km (DGA, 2004). Desde el punto de vista político-administrativo, la cuenca del río Huasco comprende la provincia del mismo nombre y las comunas de Freirina, Huasco, Vallenar y Alto del Carmen. Además, esta abarca parte de la provincia del Elqui. La fuente hídrica se ha caracterizado históricamente por el desarrollo agrícola. En la cuenca superior el río Huasco irriga el territorio ancestral de la comunidad diaguita de Los Huascoaltinos y provee de agua a las comunas de Alto del Carmen, Vallenar, Huasco y Freirina.

En las últimas décadas, en la cuenca ha tenido lugar el desarrollo de un modelo agroexportador, basado en la producción de uva, paltas y frutas exóticas (mango y guayaba). Igual que en el resto de las fuentes hídricas de la zona norte de país se empieza a perfilar una actividad minera de gran envergadura que compite con la agricultura y genera graves impactos sobre el sistema hidrológico, ya que se localiza en la cabecera de la cuenca y comprometen las fuentes de agua (glaciares, vegas y bofedales, lagunas andinas y vertientes cordilleranas). Los casos más emblemáticos son los proyectos mineros El Morro y Pascua Lama, este último paralizado el 2013 por el incumplimiento de las condiciones medioambientales impuestas en la respectiva autorización que comprometen seriamente las fuentes de agua.

En el caso del sur del país, también son diversos los casos en que el derecho al agua se ha visto afectado por la actividad empresarial. Una de las situaciones más críticas es la afectación de la disponibilidad del recurso como consecuencia de la actividad forestal. Un ejemplo de ello es la comuna de Lumaco, donde son múltiples los impactos ambientales que genera la industria forestal, en particular en los territorios indígenas. Destaca la contaminación por uso de pesticida, la desforestación como consecuencia de las malas prácticas de cosecha, en especial la modalidad de tala rasa y el desecamiento de fuentes de agua producto directo del impacto generado por el monocultivo de pino radiata y eucalipto, especies que requieren grandes volúmenes de agua para su crecimiento y dañan los suelos[65].

Los impactos de la actividad forestal en los recursos hídricos fueron constatados por el Banco Mundial (2011). El informe señala: "Existen numerosos procesos industriales ligados a este sector de la economía que pueden afectar la calidad de las aguas, tales como la pérdida de la capacidad de mejoramiento natural de las aguas, al reemplazar la vegetación nativa por plantaciones exóticas en la ribera de los ríos; drenaje de los suelos para aumentar la cobertura forestal (Ley de Fomento N° 18.450); aumento del transporte de sedimentos durante la cosecha; acidificación de los suelos con la consecuente liberación de nutrientes y metales; y aplicación de compuestos fitosanitarios y para combatir incendios forestales" (Banco Mundial, 2011).

Más al sur, en la región de Aysén, el proyecto Hidroaysén ha generado una concentración de la propiedad sobre los derechos de agua no consuntivos, que afecta la disponibilidad

63 DGA. Evaluación de los recursos hídricos superficiales en la cuenca del río Loa. Santiago, Chile. Departamento de Administración de Recursos-DGA. 2005. www.dga.cl

64 Las comunidades presentaron un recurso de protección, el que fue rechazado argumentando que el plan de alerta temprana que ofrecía Codelco era suficiente para prevenir eventuales daños.

65 Lumaco debe su nombre a la abundancia de lumas, que hoy son solo parte del recuerdo y del léxico local. Ya no hay lumas y mucho menos bosque nativo; más del 70% del territorio comunal está plantado con monocultivos. Hay muy poco espacio físico para los agricultores. Hay más de 1.400 familias sin agua que deben realizar sus labores con los 500 litros semanales que les entrega el municipio (Montiel, 2012).

del acceso al recurso[66]. La cuenca del río Baker se caracteriza por su importancia ecológica, lo que ha favorecido el desarrollo turístico, principal actividad económica de la zona y ha determinado que sea sometida a distintas categorías de protección para resguardar la biodiversidad y la sustentabilidad de los ecosistemas que alberga, en particular los hidroecológicos. En la cuenca se encuentra el ecosistema de "bosque nativo verde mixto de Baker", que solo se da en ese lugar. Además en esa zona se encuentran parques nacionales (laguna San Rafael y Bernardo O´Higgins), siendo uno de ellos reserva de la biosfera (UNESCO), dos reservas nacionales (lago Cochrane y Katalalizar) (CONAF), más al menos un área privada protegida y la propuesta de Parque Nacional Patagonia. También está en trámite la declaración de Patrimonio Natural Mundial de parte de esta área (CONAF-UNESCO).

El régimen de aguas vigente en Chile permitió que en dicha cuenca se hayan concentrado derechos al agua no consuntivos a favor de las empresas hidroeléctricas, particularmente ENDESA S.A., y que en la actualidad implique que esta pretenda impulsar un megaproyecto hidroeléctrico de alto impacto ambiental conocido como Hidroaysén. Parte de la ciudadanía se ha movilizado en torno a la iniciativa Patagonia sin Represas, para evitar este tipo de proyectos en toda la región de Aysén. El proyecto fue aprobado por la autoridad ambiental el 9 de mayo de 2011.

66 De acuerdo con antecedentes de la DGA, el 89% de los derechos de agua no consuntivos de la cuenca del río Baker han sido otorgados a Endesa S.A. Disponible en: www.dga.cl/ADMINISTRACIONRECURSOSHIDRICOS

BIBLIOGRAFÍA

Banco Mundial. (2011). *Chile: diagnóstico sobre la situación de los recursos hídricos.*

Banco Mundial. (2013). *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua.*

CNN. *Modatina denuncia delito de usurpación del agua en Petorca,* 19 de abril de 2012, CNN.

DGA. (2004). *Diagnóstico y clasificación de los cursos y cuerpos de agua según objetivos de calidad: cuenca del rio Huasco*. Santiago.

Gentes, I. (2077). El estatus jurídico y el debate entre derechos de aguas individuales y colectivos. Análisis de la legislación, la política hídrica y la jurisprudencia sobre derechos de aguas y gestión ciudadana en Chile. En N. Yáñez, & S. Poats, Derechos de aguas y gestión ciudadana, agua sustentable, visión social del agua en los Andes (págs. 143-177). La Paz: CIID-IDRC.

INDH. (2012). *Informe Anual 2012 Situación de los derechos humanos en Chile.*

Matus, N., Fernández, B., & Aedo, M. P. (2004). *Recursos hídricos en Chile: desafíos para la sustentabilidad.* Santiago: LOM-Ediciones.

Montiel, C. (2012). *Lumaco, vivir sin agua.* Bosquenativo.org.

Saura, J. (2011). El derecho al agua potable y al saneamiento en la perspectiva jurídica internacional. *Derechos y Libertades*(26), 145-180.

Yáñez, N., & Molina, R. (. (2011). *Las aguas indígenas en Chile.* Santiago: Editorial LOM.

4

DERECHO A LA EDUCACIÓN DE CALIDAD



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHO A LA EDUCACIÓN DE CALIDAD

4

ANTECEDENTES

En 2013, la situación de la educación chilena continuó en el centro de la discusión pública, develando desde fines de 2012 nuevas aristas que mantienen en cuestión al sistema educativo nacional. Algunas de las expresiones públicas más visibles de esta crisis han sido el cierre de la Universidad del Mar, tras la denuncia de cohecho en los procesos de acreditación de diversas universidades, y el consiguiente procesamiento de diversas autoridades universitarias y de la Comisión Nacional de Acreditación (CNA)[1]. Asimismo, la destitución del Ministro de Educación (Mineduc) Harald Beyer, por "[o]misión del cumplimiento de las obligaciones ministeriales, particularmente, la de fiscalizar las actividades del sector del Ministerio de Educación"[2]. De esta manera, al cuestionamiento del lucro en la educación, en particular en relación con las universidades, se ha sumado una discusión sobre la calidad de los procesos educativos y sobre las facultades que posee el Estado para garantizar esta dimensión del derecho a la educación en todos los niveles. Tal cuestionamiento se ha visto reforzado por información sobre el bajo cumplimiento de requisitos legales mínimos para el funcionamiento de jardines infantiles y la permanencia de las brechas de aprendizaje entre establecimientos educacionales de educación básica y media, según condiciones sociales (ingresos, ruralidad, pertenencia étnica), de acuerdo con los resultados que entrega cada año el Simce.

1 Investigaciones de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, causas RUC: 1200653250-9; 1200763278-7; 1200763208-6; 1200763227-2; 1200655762-5; 1200763318-k; 1200763175-6; 1200763146-2.

2 Congreso Nacional, Diario de sesiones del Senado. Publicación Oficial Legislatura 361ª. Sesión 14ª, en martes 16 de abril de 2013.

Paralelamente a estos procesos, durante el primer semestre del año 2013 continuaron las movilizaciones de los estudiantes secundarios, cuyas demandas centrales eran la gratuidad de la educación y educación de calidad. Estas se expresaron en la "toma" de establecimientos educacionales por largos períodos que, a pesar de las advertencias de las autoridades municipales y del Ministerio del Interior y Seguridad, culminaron en junio con el desalojo por parte de la fuerza pública de varios de los recintos ocupados y que debían ser utilizados como lugares de votación durante las elecciones legales de primarias presidenciales. En ese período no hubo procesos de diálogo ni negociación entre los estudiantes y el Poder Ejecutivo dado que el debate fue trasladado hacia el Parlamento[3] en un conjunto de proyectos de ley sobre institucionalidad, carrera docente y el financiamiento de la educación.

Este año el INDH analiza en particular la dimensión de la calidad de la educación como dimensión constitutiva del derecho a la educación. Para ello, el presente capítulo hará una breve revisión de los estándares internacionales en esta materia y su incorporación en la normativa nacional, para

3 Ministra de Educación descarta diálogo de proyectos de ley con estudiantes y agrega que "se hará en el Congreso" (26 de julio de 2013) La Tercera. Recuperado el 15 de noviembre de 2013 de http://www.latercera.com/noticia/educacion/2013/07/657-534794-9-ministra-de-educacion-descarta-dialogo-de-proyectos-de-ley-con-estudiantes-y.shtml;
Ministra Schmidt responde a la ACES: "Los medios no son los cambios de ministro". (Radio Biobio, Lunes 8 julio 2013) Recuperado el 15 de noviembre de 2013 de http://www.biobiochile.cl/2013/07/08/ministra-schmidt-responde-a-la-aces-los-medios-no-son-los-cambios-de-ministro.shtml
Estudiantes responsabilizarán a Ministro Chadwick por lo que suceda en eventuales desalojos de liceos (CCN Chile, 26 de junio, 2013) Recuperado el 15 de noviembre de 2013 de http://www.cnnchile.com/noticia/2013/06/26/estudiantes-responsabilizaran-a-ministro-chadwick-por-lo-que-suceda-en-eventuales-desalojos-de-liceos

avanzar luego en el análisis de algunas situaciones de impacto público en materia de educación, explicando cómo la carencia de una noción clara y compartida de lo que se considera educación de calidad limita el accionar del Estado en estas materias y genera nuevas brechas en el ejercicio del derecho a educación, que amplían y profundizan la desigualdad en los mecanismos de acceso y financiamiento del sistema educativo, ya abordados en el Informe Anual 2011.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE CALIDAD DE EDUCACIÓN

El sistema de protección de derechos humanos ha ido precisando el sentido y alcance del derecho a la educación. Inicialmente la comunidad internacional puso el acento en el acceso a las prestaciones educacionales, debido al déficit en este ámbito y a la necesidad de establecer obligaciones mínimas para los Estados, en relación con "la satisfacción de por lo menos niveles esenciales" de este derecho social (Abramovich y Courtis, 2006). Estas obligaciones mínimas se refieren al acceso y a la participación universal en la educación primaria, y a la adopción de medidas para avanzar progresivamente hacia la garantía de acceso a la educación secundaria y superior, sin discriminación.

En los Informes Anuales 2011 y 2012 se han profundizado estas materias; sin embargo, es preciso volver a revisar algunos elementos clave del derecho a educación en materia de calidad. La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26.2), la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (art. 5 1 a) y el PIDESC (art. 13.1) han establecido los deberes que se derivan del derecho a educación y que señalan que "la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz". Estos propósitos rigen para todos los niveles de la educación, y se materializan en estrategias de acceso diferenciadas, como lo señala el numeral 2 del mismo art. 13 del PIDESC y en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, que señala que refiere a la educación "en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da" (art. 1.2).

La Convención de Derechos del Niño (CDN) alude a estos mismos propósitos y agrega un par de elementos específicos que dicen relación con "el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya" y con "el respeto del medio ambiente natural", así como con "igualdad de los sexos". (art. 29.1, letras c, d y e).

Todos estos elementos son condiciones que deben cumplirse, como lo indica el PIDESC, para todos los niveles educativos y la CDN para la formación de niños, niñas y adolescentes. En ambos casos se establece que "Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 [del art. 13 del PIDESC y el 29.1 de la CDN], y de que "la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado". El cumplimiento de estos propósitos como obligación del derecho a educación y como marco de la libertad de enseñanza ha sido reafirmado por el Comité DESC en la OG N°13 (párr. 49), indicándose que esto corresponde a una "obligación jurídica concreta" en el marco del derecho a educación, que se expresa en que "Los Estados Partes han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo, estén orientados a los objetivos definidos en el párrafo 1 del artículo 13. Asimismo, tienen la obligación de establecer y mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos que se exponen en el párrafo 1 del artículo 13".

Por su parte, la CEDAW (art. 10) compromete a los Estados a adoptar "todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la

igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación", señalando, además de los elementos de acceso, "la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza". Además, para asegurar estos objetivos, la educación debe proveer "las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional"; y "acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad" para hombres y mujeres.

Estos principios de igualdad en la calidad de la educación estaban ya presentes en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Ellos refieren a la "igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza", materializados en igual "calificación del personal docente", en "locales y equipos de igual calidad", y en "la disposición de los mismos programas de estudio o programas equivalentes", para asegurar que las distintas ofertas que puedan generarse legítimamente en el marco de la libertad de enseñanza, "añad[an] nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado". A su vez, los Estados ya se habían comprometido a "Mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada".

Esta universalidad de la calidad de la educación, es decir, su validez para todos los niveles y tipos de enseñanza que indican tanto la CEDAW como la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, ha sido reafirmada en los Comités DESC y de DN, y también ha sido tema de interés de los Relatores Especiales del Derecho a la Educación, los que han vuelto a explicitar que la calidad es una dimensión ineludible del derecho a educación, que debe ser garantizada para todas las personas sin distinción, para todos los niveles educativos (desde el parvulario hasta el superior) y para todas las modalidades de enseñanza (regular, técnico-profesional, de adultos, carcelaria, para población indígena o con discapacidad, etc.)[4], e incluso en situaciones de emergencia[5].

Así, desde un enfoque de derechos humanos, para que el Estado pueda garantizar la educación de calidad, entendiendo por ella la que se orienta al pleno desarrollo de la personalidad humana y la participación social efectiva, tanto en el ámbito de la ciudadanía responsable como en la inserción laboral que permita una subsistencia digna y un aporte a la sociedad, debe favorecer el acceso a aprendizajes relevantes que conduzcan a estos objetivos, pero también a contextos de aprendizajes que sean respetuosos y protectores de los derechos humanos de quien aprende[6] y de quien enseña, por medio del mejoramiento continuo "de las condiciones materiales del

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 13. El derecho a educación (artículo 13). Presentado 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 6. Comité de DN. Observación General Nº 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Presentado el 20 de septiembre de 2006, CRC/C/GC/7/Rev.1, Comité DN. Observación General Nº 9. Los derechos de los niños con discapacidad. Presentado el 27 de febrero de 2007, CRC/C/GC/9, párr. 20. Comité DN. Observación General Nº 10. Los derechos de los niños en la justicia de menores. Presentado el 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10, párrs. 13,16 y 77. Comité DN. Observación General Nº 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Presentado el 12 de febrero de 2009, CRC/C/GC/11, párrs. 56-63. Comité DESC. El derecho a la educación de las niñas, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. V. Muñoz Villalobos. Presentado el 8 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/45. Comité DESC. Informe del Relator del Derecho a Educación. El derecho a la educación de las personas con discapacidades, Sr. V. Muñoz Villalobos. Presentado el 19 de febrero de 2007, A/HRC/4/29. Comité de DESC. Informe del Relator del Derecho a Educación. El derecho a la educación de las personas privadas de libertad, Sr. V. Muñoz Villalobos. Presentado el 2 de abril de 2009, A/HRC/11/8. Comité DESC. Informe del Relator del Derecho a Educación. El derecho a la educación de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo Sr. V. Muñoz Villalobos. Presentado el 16 de abril de 2010, A/HRC/14/25.

5 Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. El derecho a la educación en situaciones de emergencia. Resolución presentada el 9 de julio de 2010, A/RES/64/290, párr. 15.

6 Comité DESC. Observación General Nº 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14). Presentado 10 de mayo de 1999, E/C.12/1999/4, párr. 7.

cuerpo docente"[7] , ya que sin ello se produce "un grave obstáculo para la plena realización del derecho de los alumnos a la educación"[8]. Adicionalmente, el Comité DESC ha señalado también que "sólo se puede disfrutar del derecho a la educación si va acompañado de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos", es decir, del reconocimiento de que ellos/as "son libres, individual o colectivamente, de buscar, desarrollar y transmitir el conocimiento y las ideas mediante la investigación, la docencia, el estudio, el debate, la documentación, la producción, la creación o los escritos. La libertad académica comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución, de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio. El disfrute de la libertad académica conlleva obligaciones, como el deber de respetar la libertad académica de los demás, velar por la discusión ecuánime de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos"[9].

Para la realización de estos propósitos, el sistema internacional de protección de derechos humanos ha reafirmado la obligación de los Estados de destinar el máximo de recursos de los que disponga[10], de manera que pueda asegurar entornos de aprendizaje adecuados, con condiciones de seguridad básicas para desarrollar procesos educativos, así como garantizar docentes capacitados, materiales suficientes y procesos pedagógicos pertinentes[11]. Además, Unesco ha recomendado que, a la luz de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, el "alcance de las leyes relativas a la no discriminación no esté limitado a las instituciones educativas públicas", y manifiesta su preocupación porque "muy pocos Estados establecen una correlación entre la calidad y un objetivo general de promoción de los derechos humanos"[12].

Por otra parte, el Comité DN ha indicado la necesidad de avanzar en una actualización de la comprensión del derecho a educación, poniendo de relieve las dimensiones de la calidad sobre las que los Estados deben concentrar sus esfuerzos y el aseguramiento del principio de participación que cabe en el ejercicio de este derecho, tanto a los propios estudiantes como al conjunto de los actores que participan de los sistemas educativos. Así, recomienda que los Estados Partes presten "más atención a la educación, considerándola como un proceso dinámico, y a idear los medios para valorar las modificaciones experimentadas con el correr del tiempo en relación con el párrafo 1 del artículo 29. Todo niño tiene derecho a una educación de buena calidad, lo que a su vez exige concentrar la atención en la calidad del entorno docente, de los materiales y procesos pedagógicos, y de los resultados de la enseñanza. El Comité señala la importancia de los estudios que puedan brindar una oportunidad para evaluar los progresos realizados, basados en el análisis de las ideas de todos los participantes en el proceso, inclusive de los niños que asisten ahora a la escuela o que ya han terminado su escolaridad, de los maestros y los dirigentes juveniles, de los padres y de los supervisores y administradores en la esfera de la educación. A este respecto, el Comité destaca el papel de la supervisión a escala nacional que trata de garantizar que los niños, los padres y los maestros puedan participar en las decisiones relativas a la educación"[13].

En esa misma línea, las Relatorías Especiales del Derecho a Educación han indicado que es necesario que los Estados avancen en la comprensión de la educación como un derecho humano. "No puede haber reconocimiento de los derechos sin que se puedan exigir remedios. Por consiguiente,

7 PIDESC art. 13.2 e)

8 Comité DESC. Observación General Nº 13. El derecho a educación (artículo 13). Presentado 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 27.

9 Ibídem, párr. 38 y 39.

10 Comité DN. Observación General Nº 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Presentado el 20 de septiembre de 2006, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr.31

11 Comité DN. Observación General Nº 1 párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación. Presentado el 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párr. 22. Comité DESC. Informe del Relator del Derecho a Educación. Medidas normativas para una educación de calidad, sr. Kinshore Singh, Presentado el 2 de mayo de 2012, A/HRC/20/21. Unesco, 2007.

12 Unesco, Aplicación de la Convención y la Recomendación relativas a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960. Presentado el 30 julio de 2013, 192 EX/20, parte II, párr. 5.

13 Comité DN. Observación General Nº 1 párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación. Presentado el 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párr. 22.

el reconocimiento de los derechos individuales conlleva la correspondiente habilitación para reivindicarlos y exigir remedios en caso de denegación o violación. La evolución de la normativa de derechos humanos ha estado acompañada por la creación de instituciones nacionales e internacionales para proporcionar remedios, de carácter judicial o extrajudicial, en caso de denegación y violación"[14].

NORMATIVA NACIONAL SOBRE CALIDAD DE LA EDUCACIÓN Y DISEÑOS INSTITUCIONALES

La Constitución Política de la República (CPR, art. 10.10, inciso primero) reconoce que el derecho a educación "tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida" así, aunque no se refiere directamente a la educación de calidad, es coincidente con lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos.

Para resguardar este objetivo establece la "obligatoriedad de la educación básica y media", así como su deber de "promover la educación parvularia" y "fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles", como es la educación superior (art. 19.10). Tras esta aclaración, el Estado reconoce sus deberes de garantía de la educación, permitiendo la libertad de enseñanza, pero indicando la necesidad de definir por ley una serie de *"requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel" y, en el caso de la educación escolar "se establecerán también los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento".* (art. 19.11 inciso quinto).

El citado numeral del artículo 19 de la CPR ha sido incorporado en el catálogo de derechos fundamentales que ampara el recurso de protección, por lo que existiría la posibilidad de recurrir a la justicia en virtud del artículo 20 de la Constitución, para exigir el cumplimiento de estos requisitos, avanzando en la protección de esta dimensión del derecho a la educación[15]. Sin embargo, la protección exigible no es igual en todos los niveles.

En la educación parvularia son exigibles las dimensiones de condiciones educacionales como: "idoneidad del personal docente y la existencia de un sostenedor"; aspectos de organización institucional, infraestructura, equipamiento y seguridad; además de contar con un proyecto educativo que debe "Ceñirse, en los programas de estudio que apliquen, a las bases curriculares elaboradas por el Ministerio de Educación" y contar con un reglamento interno que "regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar", entre otros aspectos (LGE, art. 46). La ley general, que ha materializado este mandato constitucional de establecimiento de requisitos y normas de general aplicación, incorpora también "los aprendizajes, conocimientos, habilidades y actitudes" que debe promover la educación parvularia (art. 28), sin embargo, estos no cuentan con tutela constitucional, dado que solo se hace referencia a requisitos mínimos para la educación básica y media.

En el caso de la educación superior, no se establece un carácter obligatorio equivalente a lo que se señala para los niveles de la educación escolar o que se discute para la educación parvularia. Aún así, se fijan para ella requisitos de reconocimiento oficial que indican que las instituciones de educación superior "serán siempre corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro para el efecto de tener reconocimiento oficial" en el caso de universidades (art. 53) o "no podrán tener otro objeto que la creación, organización y mantención de un instituto profesional o un centro de formación técnica, según el caso" cuando se trate de educación técnica de nivel superior. En ambos tipos de instituciones, además, deberán contar con personalidad jurídica e instrumentos –estatutos o los de constitución de personalidad jurídica, según sea el caso– que individualice los "fines que se propone" la institución, el marco de estructura organizacional que se darán, certificar ante el Consejo Nacional de

14 Comité DESC. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. Presentado el 25 de enero de 2004. E/CN.4/2004/45, párr.45

15 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 410, del 14 de junio de 2004.
Tribunal Constitucional, Rol 299, 28 de julio de 2009.
Jordán, T. (2009) Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile. Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 1, pp.177-207. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

Educación (CND) que cuentan "con los recursos docentes, didácticos, económicos, financieros y físicos necesarios para cumplir sus fines" y "[c]ontar con el certificado del Consejo Nacional de Educación en que conste que dicho organismo ha aprobado el respectivo proyecto institucional y los correspondientes programas y que llevará a efecto la verificación progresiva de su desarrollo institucional" (art. 61 y 72). La LGE (art. 2) incorpora en las normas generales a la educación superior, ya que reconoce que "La educación es el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas" y que esto se manifiesta través de la enseñanza no formal, de la educación informal y de la enseñanza formal o regular. Esta última está "constituida por niveles y modalidades que aseguran la unidad del proceso educativo y facilitan la continuidad del mismo a lo largo de la vida de las personas" (art. 2) y está organizada en cuatro niveles, uno de los cuales es la educación superior (art. 17). Agrega también que le "corresponderá al Estado fomentar la probidad, el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria" (art. 5) y "a asegurar una educación de calidad y procurar que ésta sea impartida a todos, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 6).

Pese al establecimiento de estas y otras normas afines, estos elementos no son expresamente incorporados en los mecanismos operativos con que el Estado debe fiscalizar y garantizar el cumplimiento de estas obligaciones que él mismo reconoce, dado su omisión en el citado artículo de la Constitución.

Es por ello que la educación escolar parece mayormente reforzada en sus garantías de calidad, al sumarse a los requisitos de reconocimiento oficial, los "requisitos mínimos" que suman a las condiciones de provisión de la enseñanza, elementos sobre el contenido y finalidad de las mismas, estableciendo objetivos generales que están en estrecha vinculación con los propósitos del derecho a educación (art. 29 y 20).

Pese a este resguardo constitucional, no se registra jurisprudencia respecto de recursos de protección interpuestos en demanda de tutela de la calidad de la educación y/o de sus propósitos o del cumplimiento de los requisitos mínimos o de reconocimiento oficial, aunque los hay por discriminación o derecho a propiedad y otras apelaciones sobre libertad de enseñanza, que también están considerados en este mismo numeral[16].

Para evidenciar de manera más clara la responsabilidad del Estado en materia de tutela constitucional de la calidad de la educación, se han presentado en el Parlamento tres proyectos de ley –dos mociones y un mensaje presidencial–, de los cuales uno promueve la modificación del artículo 20 de la CPR, para dar tutela judicial al derecho a educación en general, y a su calidad en particular[17] y otros que señalan protección mediante la fijación de estándares mínimos por parte del Estado[18].

En todo caso, la mayoría de los cuerpos legales que rigen el sector[19], así como los instrumentos que orientan las políticas

16 De la revisión de 56 sentencias de recursos de protección ingresadas a cortes de apelaciones durante el 2012, por igualdad ante la ley o discriminación, y que refieren al tema educativo, solo 17 invocan la libertad de enseñanza como otra garantía constitucional afectada (CA La Serena, rol 802; CA Santiago: roles 32932, 34578, 35676, 27396, 14922, 1513 y 18185; CA: Rancagua: rol 1703; CA Talca: roles 1030 y 1263; CA Concepción: roles 1497, 1498 y1500; CA Valdivia: 659 y 825). De ellas solo una indirectamente integra en la presentación de antecedentes de la recurrente una apelación a los requisitos mínimos y la regulación del marco de actuación de los establecimientos y sus finalidades. Sin embargo, la Corte no utiliza este elemento en su fallo, reduciéndolo solo a la libertad de elegir de los padres (Causa rol 1343 CA Temuco).

17 Senado. Moción presentada el 9 de agosto de 2011. Boletín 7.851-04

18 Mensaje Nº 194-359 con el que inicia un proyecto de Reforma constitucional sobre calidad y financiamiento de la educación, 28 de septiembre de 2011, Boletín 7961-04.
Senado. Moción presentada el 16 de agosto de 2011. Boletín 7867-04.

19 La Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza contempla un mecanismo de medición de la calidad de la educación (Ley Nº 18.956 de1990, art. 19), que dio origen al Sistema de Medición de la Calidad de la Educación, SIMCE. Así también, la ley que reestructura el Ministerio de Educación indica en su art. 1 que este Ministerio deberá propender a asegurar la calidad y equidad del sistema educativo nacional (Ley Nº 18.962 de 1990); en la Ley Jornada Escolar Completa se indica que su función es mejorar la educación, pudiendo excusarse de esta extensión solo los establecimientos que tengan y mantengan calidad (Ley Nº 19.532 de 1997, art. 1º); Ley del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (Ley Nº 20.129 de 2006) y la que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia y escolar (Ley Nº 20.529 de 2011) fueron generadas para propender a asegurar la calidad del sistema educativo); Ley de Subvención Escolar Preferencial señala que su finalidad es mejorar la calidad de la educación de los estudiantes vulnerables (Ley Nº 20.248 de 2008, art. 1º); Ley General de Educación pone la calidad como principio (Ley Nº 20.370 de 2009, art. 3º); la Ley de Calidad y Equidad de la Educación (Ley Nº 20.501 de 2011) regula plantas docentes y directivas de educación municipal.

educacionales[20], incluyen referencias a la calidad de la educación. Sin embargo, la noción de calidad contenida en estas normas no incluye todas las dimensiones que establece el marco internacional, y sus resguardos tienen una inclusión dispar en el conjunto de normas que regulan el sector y en los distintos niveles educacionales. Además centran sus orientaciones en procurar mejoras progresivas al sistema educacional, de manera que las futuras generaciones puedan acceder a una educación de calidad; sin embargo, no se contemplan medidas reparatorias para las generaciones de estudiantes que han cursado procesos educativos de mala calidad y que, por lo mismo, han visto disminuidas sus oportunidades de aprendizaje, lo que limita la exigibilidad de este derecho y su garantía en atención a las obligaciones de reparación y restitución que implica todo derecho humano.

La Ley General de Educación (en adelante LGE o Ley Nº 20.370) declara que la educación es un derecho frente al cual el Estado tiene el deber de proveer educación de calidad en sus establecimientos y asegurar las condiciones para que ello también ocurra en el sector privado[21]. Del mismo modo, establece que toda la regulación de este cuerpo legal tiene "el objetivo de tener un sistema educativo caracterizado por la equidad y calidad de su servicio"[22]. Continúa señalando que este sistema se "construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza"[23], y se inspira, entre otros principios, en el de calidad de la educación, estableciendo que "[l]a educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley"[24]. Este principio es reafirmado y complementado con el de equidad, entendiendo que "[e]l sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial"[25].

Esta definición de calidad de la educación aspira a una igualdad de resultados, en la medida en que insta al Estado a "velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras" (art. 4 inciso 10). Los resultados a los que se alude están expresados en los objetivos generales definidos en esta misma Ley, en los art. 28 al 30, para la educación parvularia y escolar. Estos objetivos constituyen requisitos mínimos de la educación y dan marco al ejercicio de la libertad de enseñanza, incluyendo de manera directa e indirecta varios de los contenidos y propósitos del derecho a educación señalados en los instrumentos internacionales.

En el caso de la educación superior no se han establecido objetivos generales –tampoco considerado en la LOCE y que no fue modificada en la LGE[26]– ni se ha incluido en los proyectos de ley sobre la calidad de educación superior que se discuten en el Parlamento. En este sentido, la normativa rectora de la educación[27] da bases para la construcción de un sistema orientado al resguardo y aseguramiento de la calidad en el nivel parvulario y escolar, que es más débil en la educación superior, sin perjuicio de las normas sobre acreditación vigentes en la materia.

Similares disparidades a las detectadas a nivel constitucional se presentan en las normas que rigen los sistemas de aseguramiento de la calidad de la educación, ya que la educación parvularia y superior presentan un menor desarrollo y tienen una menor capacidad de protección, entre otras cosas, por la falta de precisión de sus indicadores. En el caso de la educación escolar, el sistema de aseguramiento de calidad tiene un mayor desarrollo, pero los instrumentos operativos

20 Como referencia pueden analizarse los Programas de Mejoramiento de educación básica, media y superior (Mineduc, 1994), de los cuales siguen en desarrollo los Mecesup a través de convenios de desempeño; el programa P-900 y su actual versión en el Plan de Apoyo Compartido, y el de Liceos de Excelencia, entre otras iniciativas ministeriales.

21 Ley Nº 20.370. Ley General de Educación. Arts. 4 y 6

22 Ibídem, art. 1º

23 Ibídem, art. 3

24 Ibídem, letra b)

25 Ibídem, letra c)

26 Hay que recordar que la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza no fue derogada en su totalidad tras la promulgación de la Ley General de Educación, manteniéndose vigente en todo lo que refiere a funcionamiento de la educación superior. El Decreto con Fuerza de Ley Nº 2 de 2010 refunde ambos textos vigentes.

27 Ibídem.

que contempla consideran fundamentalmente la noción de calidad a aspectos cognitivos.

SISTEMA DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD EN LA EDUCACIÓN PARVULARIA, BÁSICA Y MEDIA

En la Ley Nº 20.529 que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media se reitera el deber del Estado de propender a asegurar la calidad de la educación, y se establece un conjunto de elementos que conformarán este sistema que abarca tanto la fijación de criterios para medir y resguardar la calidad de la educación como el establecimiento de la institucionalidad base que velará por su cumplimiento (Superintendencia de Educación, Agencia de Calidad, y los roles que en dicho proceso cumplen el Mineduc y el Consejo Nacional de Educación –CNED–)[28].

Para poder evaluar el cumplimiento de la calidad de la educación, la ley contempla dos elementos base: los estándares y "otros indicadores de la calidad". Los primeros tienen una ponderación efectiva del 73,6% y los "otros indicadores" un 26,4% de la evaluación de los establecimientos (Agencia de Calidad, 2013). Estos instrumentos evaluativos deben ser propuestos por el Mineduc y aprobados por el CNED y, a partir de ellos, operará un sistema de "ordenación"[29] de los establecimientos educacionales que servirá de base para activar las políticas de apoyo docente y otras que se requieran definir los grados de autonomía de la gestión de recursos que tendrán dichos establecimientos, e informar a las familias para orientar su elección de centro educativo donde matricular a sus hijos e hijas. Sin embargo, tanto estos estándares y "otros indicadores" responden solo parcialmente al aseguramiento de calidad de la educación, como se explica a continuación.

La finalidad de los estándares es poder medir el grado de cumplimiento de los objetivos específicos que la LGE define para cada uno de los niveles educacionales. Estos objetivos consideran y reafirman los propósitos de la educación entendida desde una perspectiva de derechos humanos, incluyendo tanto conocimientos específicos como el desarrollo de habilidades y actitudes que promueven el reconocimiento y respeto de derechos humanos. En 2013, el Mineduc –con la aprobación del CNED– estableció los estándares de calidad para la educación básica[30], en tanto que los que regirán para los otros dos niveles (parvularia y media) están en proceso de definición. El INDH ha manifestado su preocupación por los estándares de la educación básica acordados, los que se circunscriben a dimensiones instrumentales y cognitivas y excluyen las dimensiones valórico-actitudinales[31] establecidas como requisitos mínimos en la propia LGE, como son: la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el desarrollo de capacidades de empatía, el asumir compromisos, la valoración de la participación en la vida democrática o la adquisición de hábitos de cuidado del medioambiente.

Los "otros indicadores de la calidad" que contempla la Ley Nº 20.529, complementarios a los estándares, recogen aspectos referidos a la gestión y a la convivencia escolar, y algunos elementos de autopercepción de los y las estudiantes. En ellos se incorpora parcialmente una medición de percepciones sobre respeto y promoción de derechos humanos en espacios escolares, en lo referido al clima de convivencia, participación y formación ciudadana. Sin embargo, estas inclusiones no compensan la omisión de

28 Ley Nº 20.529. Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización. Publicada el 27 de agosto de 2011.

29 Ley Nº 20.529 del Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, párrafo 3º. Publicada el 27 de agosto de 2011.

30 CNED. Acuerdo Nº 84/2012 del 19 de noviembre de 2012 Aprueba la propuesta de Estándares de Aprendizaje para 4º y 8º básico correspondiente a las asignaturas de Lenguaje y Comunicación: Lectura, Matemáticas y Ciencias Naturales, presentada por el Ministerio de Educación.
CNED Acuerdo Nº 013/2013 del 23 de enero de 2013. Aprueba la propuesta de Estándares de Aprendizaje para 4º y 8º básico correspondiente a la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, presentada por el Ministerio de Educación.

31 Se ha consultado al Mineduc sobre la integración de los Objetivos de aprendizaje transversal en las pruebas Simce, pero a la fecha de redacción del presente informe no se cuenta con la información. INDH Oficio Ord Nº 52 del 1 de marzo de 2013, reiterado por medio del Ord Nº 115 del 23 de abril de 2013. Tras la reiteración, el Mineduc respondió que derivó la consulta a la Agencia de Calidad. Mineduc Ord. Nº 329 del 7 de octubre de 2013.
INDH Oficio Ord. Nº 249 del 31 de julio de 2013, reiterado por medio de los oficios Ord Nº 349 del 27 de agosto y Ord Nº 441, del 3 de octubre de 2013.

estos elementos en los estándares[32]. Por otra parte, la definición de algunos de estos indicadores, sin atención a la diversidad de contextos escolares, puede generar efectos negativos en el ejercicio de todos y todas a su derecho a educación de calidad. Así, la población estudiantil que requiere de mayor esfuerzo para cursar procesos formativos –las personas con enfermedades, discapacidad o en marginalidad social– se vuelven una desventaja para los establecimientos que les acogen, dado que su menor asistencia a clases, su mayor riesgo de deserción (indicador de retención) y sus tasas de egreso y titulación logradas en mayor tiempo que el promedio de los/as estudiantes, afectarían negativamente la ponderación de los "otros indicadores de calidad" del establecimiento, efecto que no se produciría en los establecimientos que seleccionan y excluyen a estudiantes con este perfil de vulnerabilidad. Así, la integración de estos/as estudiantes implicaría una baja en el puntaje de ordenamiento que puede incluso afectar hasta en un 10% del global de la evaluación, sin considerar que posiblemente también su inclusión puede representar menores logros de estándares, dadas sus mayores dificultades para desarrollar procesos continuos de aprendizaje. Al INDH le preocupa que en la definición de estos indicadores y estándares no se haya considerado la participación de las comunidades educativas y que el proceso de su elaboración no contemplara instancias abiertas de discusión sobre estos indicadores. Algunos sectores han cuestionado este procedimiento[33] y sus consecuencias en la estigmatización de los espacios escolares y en la ultrasegmentación del sistema escolar, dado que este ordenamiento viene a reafirmar los efectos negativos del uso de *rankings* de los resultados Simce (Opech, s/f; Waissbluth, 2013; FSP, 2013).

Por otra parte, el sistema no cuenta con las herramientas apropiadas para asegurar la calidad de la educación, ya que los indicadores no son claros en medir el logro de los propósitos de la educación ni tienen la capacidad para orientar acciones que restituyan el ejercicio o goce del derecho a una educación de calidad. Sobre este último punto, cabe mencionar que el Estado ha desarrollado una política[34] orientada al mejoramiento de la calidad de la educación que reciben los y las estudiantes más vulnerables, condicionando la entrega de recursos adicionales a la aplicación de planes específicos de refuerzo de aprendizajes instrumentales y de mejoramiento de climas escolares. Sin embargo, el ingreso voluntario a este sistema ha replicado en alguna medida la segmentación, dado que varios de los establecimientos educacionales subvencionados con financiamiento compartido no se han sumado (Elacqua, Mosqueira, Santos, 2009), y las mejoras identificadas en resultados, siendo significativas en términos estadísticos, no marcan cambios cualitativos a nivel de aprendizaje (Valenzuela, Villarroel y Villalobos, 2011; Irarrázaval et. al. 2012).

El INDH reconoce los avances que implica la declaración de objetivos y el establecimiento de la calidad entendida como principio orientador que debe conducir a asegurar que "todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley"; sin embargo, expresa su preocupación por la forma en que esto se plasma en las dimensiones operativas y programáticas, en las que los resguardos a los propósitos de la educación, al respeto y la promoción de los derechos humanos en los espacios escolares, son dispares y no gozan de la misma protección .

Así también, preocupa el modelo que orienta el aseguramiento de la calidad que ha puesto el acento en el sistema educacional, por lo que las políticas y acciones remediales que considera están en función de mejoras que favorecerán a las nuevas generaciones de estudiantes, pero que desatienden a

32 Los indicadores trabajan nociones restrictivas de participación, sin evaluar los espacios de representación propios, además de no integrar a todos los miembros de la comunidad escolar reconocida en la LGE; trabaja a nivel de percepciones y no es claro cómo quedan reflejadas las disposiciones de los y las estudiantes frente a la resolución de conflictos, la construcción y legitimidad de las normas, la discriminación, etc.

33 La discusión pública sobre los efectos del ordenamiento y el uso del Simce como principal elemento dio origen a una serie de columnas de prensa, seminarios y debates, que ponían en cuestión todo el sistema. De hecho, la Agencia de Calidad intentó revertir esta visión con un inserto de prensa en el que explicaba el sentido del ordenamiento (*El Mercurio*, 22 de septiembre de 2013). A menos de una semana de dicha publicación, más de 150 académicos y expertos en temas educacionales, encabezados por al premio Nacional de Educación 2013, Beatrice Avalos, hicieron pública la Carta abierta por un nuevo sistema de evaluación educacional, en que manifiestan su preocupación y su disenso técnico con el uso de mediciones Simce para la evaluación del sistema educacional escolar chileno contraviniendo los argumentos dados por la Agencia de Calidad.

34 Ley Nº 20.248, que establece la Subvención Escolar Preferencial.

las personas que ya han visto vulnerado su derecho a una educación de calidad en el nivel escolar. Se requiere una adecuada articulación y diseño de programas directos que busquen reponer aprendizajes a quienes han cursado procesos formativos deficientes en cualquiera de los ámbitos definidos en el sistema de aseguramiento (aprendizajes, climas escolares, recursos pedagógicos), mediante nuevas oportunidades de aprendizaje o algún mecanismo que permita a esos niños, niñas y adolescentes ejercer su derecho a aprendizaje, a hacerlo en un contexto respetuoso de sus derechos y que sea reafirmativo de sí mismo/a como sujeto de derecho, por medio de una educación en derechos humanos.

SISTEMA DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

La calidad de la educación superior presenta mayores dificultades, pese a que el Sistema de Aseguramiento de la Calidad establecido cuenta con instituciones abocadas a ello desde hace ocho años. Esta debilidad normativa (que tiene su origen en la naturaleza de las universidades y en el deficiente procedimiento de certificación profesional) responde a que la LOCE establece un objetivo amplio para el nivel de educación superior, establecido en torno a "la preparación y formación del estudiante en un nivel avanzado en las ciencias, las artes, las humanidades y las tecnologías, y en el campo profesional y técnico"[35], indicación que no fue precisada en la LGE, pese a que en las reglas generales establece elementos que esta educación también debiese resguardar. Así, en los requisitos mínimos no se establecen objetivos generales, como sí se hace tanto para el resto de los niveles educacionales obligatorios como los no obligatorios. Reconociendo el deber del Estado de resguardar la libertad de enseñanza y la autonomía de las instituciones de educación superior, no es posible avalar la mala calidad de la educación y se deben generar los mecanismos que efectivamente permitan resguardar el derecho a educación de calidad en la Educación Superior.

La Ley Nº 20.129 que establece un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, no incluye dichos parámetros al crear un sistema de acreditación que tiene por objeto certificar la calidad de las carreras y los programas, así como verificar y promover la calidad de las Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica autónomos[36]. El análisis de las funciones y atribuciones que tienen estos diseños institucionales fue desarrollado por el INDH en el Informe Anual 2012, por lo que solo cabe señalar aquí que el sistema ha resultado débil para garantizar la calidad de la educación superior, dada la escasa claridad sobre los indicadores que permiten observar la adecuada formación en la disciplina o campo profesional específico así como la ausencia de estándares o criterios que aseguren el cumplimiento de los propósitos de la educación como derecho humano, al que todo nivel educacional debe contribuir, según los estándares internacionales de los tratados ratificados por Chile, y siendo consistente con el respeto a la libertad de enseñanza y la libertad académica. De esta forma, la acreditación solo evalúa la consistencia de la propuesta formativa que formulan las instituciones, con los avances en su implementación; la que puede no estar orientándose a la "capacitación de todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre", "fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales", ni a "favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos". Tampoco permite hacer observación y, por tanto, garantizar los estándares de igualdad entre hombres y mujeres que la CEDAW plantea, y que señalan que debe asegurarse en la "enseñanza profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional". La falta de claridad de estos estándares y objetivos para la educación superior se ha fundamentado en la autonomía de las casas de estudio[37].

35 Decreto con Fuerza de Ley 2 de 2010 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005, art. 21.

36 Ministerio de Educación, Establece un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. Ley Nº 20.129, publicada el 17 de noviembre de 2006. Arts. 3 y 6.

37 Ver, entre otros, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley Nº 20.129 Establece un Sistema Nacional de aseguramiento de la calidad de la Educación Superior; Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea La Agencia Nacional de Acreditación y establece un nuevo sistema de acreditación. Boletín 8774-04; CRUCH (2009) El Consejo de Rectores ante los desafíos de las universidades chilenas en el bicentenario. Chile; Aedo, A. (2009) Desafíos y perspectivas de la dirección estratégica de las instituciones universitarias. Ediciones CNA-Chile: Santiago.

De esta forma, el INDH estima que esta falta de claridad representa un vacío respecto de las obligaciones del Estado en materia del derecho a Educación tras la ratificación de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, el PIDESC y la CEDAW, así como también el incumplimiento de los compromisos que voluntariamente el Estado ha asumido al integrarse al Plan Mundial de Educación en Derechos Humanos.

Además, el sistema de aseguramiento de calidad de educación vigente se estructura bajo un esquema general que no contribuye al principio de igualdad que debe orientar la calidad de la educación, tanto a nivel de los procesos de enseñanza como de los resultados. Así, los mecanismos no solo permiten ofertas legítimamente diferentes, sino que pueden avalar propuestas de mala calidad, lo que queda reflejado en acreditaciones en una gradiente que va de 1 a 7 años de duración, dependiendo de la fortaleza, consistencia y capacidad institucional, y reafirman un carácter voluntario de la acreditación de todas las instituciones y carreras, con excepción de las pedagogías y medicina. Esto impacta a toda la educación superior, siendo "la principal debilidad del Sistema de Aseguramiento de la Calidad es que se encuentra fraccionada entre distintas entidades, con diversos marcos normativos y niveles de exigencia variados, lo que permite la coexistencia de instituciones de educación superior de niveles de calidad heterogéneos, en especial en el caso de los IP y CFT" (Mineduc 2012) y preocupa aún más cuando cabe la posibilidad, de acuerdo con lo anunciado por el gobierno, de que estos establecimientos accedan a financiamiento estatal, sin la necesidad de cumplir el requisito de acreditación (Melo, F., 24 de julio de 2013).

Los cuestionamientos a la Comisión Nacional de Acreditación detonados por el procesamiento por cohecho de su expresidente, motivaron dos propuestas de rediseño institucional por parte del Poder Ejecutivo: una para establecer una Superintendencia de Educación Superior y otra para crear una Agencia Nacional de Acreditación que sustituya a la actual CNA.

La Superintendencia solo supervisaría temas administrativos, de financiamiento y de información, estableciendo como único parámetro el "respeto cabal de los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales hubiere ofrecido o convenido con el estudiante la prestación de los servicios correspondientes"[38]. En ese contexto, dado que no se han fijado exigencias mínimas sobre la explicitación de las condiciones y modalidades que deben tener los contratos de prestación de servicios educacionales, no es posible supervisar un piso mínimo de calidad. Tanto es así, que incluso actualmente los contratos pueden contener cláusulas abusivas por parte de las instituciones educacionales, las que pueden desembocar en ofertas de mala calidad o que no se orientan lo suficiente hacia las finalidades que deben considerarse como base de la formación de nivel superior. Es por ello que se discute en el Parlamento un proyecto de ley que ayude a regular estos contratos[39].

En el proyecto de ley sobre la Agencia Nacional de Acreditación, se avanza en reconocer "el cumplimiento de estándares de calidad académica" y se incluye como criterio de acreditación la obligación de contar con mecanismos internos y políticas remediales en caso de que el nivel de docencia y aprendizaje no sea satisfactorio[40].

ASEGURAMIENTO A LA CALIDAD DOCENTE

Chile carece de un mecanismo de evaluación docente que le permita observar el conjunto del sistema educacional, dado que este se reduce solo al sector municipal[41]. Esta evaluación viene a reemplazar la que ya existía en el Estatuto de la Profesión Docente de 1991, dado que si bien "en su artículo 18º, incorporó el principio de la evaluación profesional; pero en el artículo 70º, para los docentes del sector municipal, prescribió el mecanismo de las llamadas calificaciones propias de los funcionarios públicos. (…) Estas últimas no daban cuenta de las peculiaridades y complejidades del trabajo docente en

38 Mensaje 277-359 con que inicia un proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación Superior, boletín 8041-04, 11 de noviembre de 2011, art. 3 y 12.

39 Al respecto considérese que existe una moción originada en la Cámara de Diputados para regular estas materias. Limita cláusulas abusivas en los contratos educacionales. Boletín 3668-03, del 14 de septiembre del 2004.

40 Mensaje 498-360 con que inicia un proyecto de ley que crea la Agencia Nacional de Acreditación y establece un nuevo sistema de acreditación, 9 de enero de 2013, boletín 8774-04. Art. 29 y 32 e.

41 Ley Nº 19.961 sobre Evaluación Docente. Publicada el 14 de agosto de 2004.
Reglamento sobre evaluación docente, art. 8. Promulgado el 30 de agosto de 2004.

la nueva fase de énfasis en la calidad de los aprendizajes y de valoración del profesionalismo de los educadores". Este cambio en el sistema de evaluación docente permitió recoger y dotar de soporte legal al acuerdo del marco de la Buena Enseñanza, y orientar la función de fiscalización del Mineduc hacia la profesionalización docente[42]. Este avance y precisión no se hizo extensivo al sector particular subvencionado, donde no existe un sistema equivalente de evaluación ni es aplicable el Estatuto Docente, por lo que hay mayor flexibilidad laboral para enfrentar temas de calidad. Cabe constatar que el sector particular subvencionado concentra el mayor porcentaje de la matrícula escolar y que el desempeño de estos establecimientos es similar al municipal, e incluso el porcentaje de establecimientos reconocidos con la subvención de excelencia es menor que la que presentan los municipales (Mineduc, SNED 2013)[43]. A ello hay que agregar que se ha creado un sistema de incentivos que privilegia los años de servicio por sobre las competencias de los y las docentes, lo que no favorece su desarrollo profesional ni la renovación de la planta docente.

Desde fines del año 2012 se discute en el Parlamento un proyecto de ley[44] que busca reforzar la calidad docente mediante mecanismos de selección previa a la formación inicial, de evaluación a su egreso de dicha formación (prueba inicia) y para los docentes en ejercicio, con el reconocimiento de carrera docente. Sin embargo, este proyecto no incluye en este sistema de evaluación a todo el profesorado en ejercicio, manteniéndolo restringido al ámbito municipal y establece restricciones al ejercicio docente solo para quienes participan de establecimientos de esta dependencia administrativa. A su vez, trabaja sobre una noción poco clara de la calidad educativa; permite la permanencia de docentes calificados en los dos niveles inferiores por 8 años, en el caso del nivel "inicial", e indefinidamente, en el caso del nivel "preparado" y fija un porcentaje máximo de docentes que pueden ser calificados en la categoría más alta, de acuerdo con la evaluación de desempeño de los sostenedores.

APROXIMACIÓN A RESULTADOS DE CALIDAD DE LA EDUCACIÓN DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

El sistema internacional de protección de derechos humanos reconoce los avances en materia de acceso a la educación y los esfuerzos del Estado chileno por tomar medidas que permitan a niños, niñas y adolescentes "desempeñar el papel que les corresponde en una sociedad productiva y democrática"[45]. Aun así, distintos órganos de tratados han manifestado su preocupación "por la calidad dispar de la educación que se imparte en las escuelas públicas y privadas"[46], así como por la menor calidad de la educación a la que acceden grupos vulnerados como migrantes y refugiados, pueblos indígenas y la población rural, o quienes viven en situación de pobreza. En ese contexto han recomendado concentrar esfuerzos en estos grupos y en la educación pública en general[47].

42 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley Nº 19.961 Sobre Evaluación Docente. Publicada el 14 de agosto de 2004, págs. 4 y 91.

43 Del total de establecimientos beneficiados con la Subvención por Desempeño de Excelencia del Sistema de desempeño de los establecimientos educacionales subvencionados 2012-2013, un 50,4% son establecimientos municipales, un 48,6% son establecimientos particulares subvencionados y un 1,1% son liceos a cargo de corporaciones con administración delegada". Esta diferencia en la evaluación frente a similares resultados de aprendizaje logrados en ambos tipos de establecimientos ha sido analizada también por el II Consejo Ordinario Anual de Decanos de las Facultades de Educación (Confauce), perteneciente al Consejo de Rectores de Universidades Chilenas (CRUCH), quienes consideran necesario hacer extensiva la evaluación docente hacia el sector particular subvencionado y ha vuelto a ser tema de discusión pública en el presente año tras la propuesta hecha en esta materia por el Movimiento Educación2020.

44 Mensaje 456-359 con el que inicia un proyecto de ley que establece el sistema de promoción y desarrollo profesional docente del sector municipal. Boletín 8189-04, 7 de marzo de 2012.

45 Comité DN. Examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales CHILE. Presentado el 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párr. 61.

46 Comité DESC. Examen de los informes presentados por los Estados Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Presentado el 1 de diciembre de 2004, E/C.12/1/Add.105, párr. 28 y 58.
CHILE. Presentado el 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párr. 61 y 62.

47 Comité DN. Examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 44 de la convención. Observaciones finales CHILE. Presentado el 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párr. 61 y 62.
Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Chile. Presentado el 4 de junio de 2009, A/HRC/12/10, párr. 96.55.

Frente a estos elementos se analizan algunos datos generales de la calidad de la educación, en cada nivel educativo, haciendo referencia a situaciones críticas evidenciadas el año 2013 y que requieren ser abordadas.

CONDICIONES DE SEGURIDAD Y GESTIÓN EDUCATIVA EN LA EDUCACIÓN PARVULARIA NACIONAL

La educación temprana y oportuna ha sido identificada como factor clave en la construcción de igualdad de oportunidades de desarrollo (OCDE, 2001; 2009; 2011; Rutter 2006 citado en Fundación para la Superación de la Pobreza, 2013). Así también lo ha reconocido la Ministra de Educación Carolina Schmidt en el marco de la promoción y expansión de la obligatoriedad de la educación parvularia (Mineduc, 2013). Sin embargo, no cualquier tipo de educación parvularia genera estos efectos. De hecho, existen estudios que muestran que una experiencia de mala calidad puede ser perjudicial para el desarrollo de niños y niñas (Bedregal, 2006; NICHD 2005, citado en Rolla y Rivadeneira, 2006, p.4; Bernal y Keane, 2008; Mineduc, julio 2013). Es en este contexto que son preocupantes los resultados de la fiscalización desarrollada por la Junji en el 2012: casi un tercio de los establecimientos particulares fiscalizados no cumple con las normas mínimas en torno a gestión educativa; más del 40% de los establecimientos privados no tiene un adecuado resguardo de los derechos de los niños, niñas y sus familias, y un porcentaje similar presenta deficiencias en infraestructura; a diferencia de los porcentajes que presentan los jardines Junji, que cifran estos incumplimientos en un 20,1% en gestión educativa; 3,4% en resguardo de derechos y 21,9%, en materia de infraestructura (Junji, 2013).

En abril de 2013, el Ministerio de Educación presentó un proyecto de ley para modificar esta realidad[48] elevando las condiciones mínimas exigibles para otorgar permisos de funcionamiento y dándole atribuciones a la Superintendencia de Educación para sancionar e incluso clausurar establecimientos que no cuenten con reconocimiento oficial ni con autorización de funcionamiento, así como a establecimientos que habiendo obtenido estas autorizaciones o reconocimiento oficial, no mantengan el cumplimiento de los requisitos mínimos. Preocupa, en todo caso, que ese proyecto no aborde un mejoramiento en la relación educadores y asistentes por niño/a, cuestión que fue modificada en el 2010[49] y que ha generado problemas para mejorar los procesos pedagógicos y de cuidado que se brinda en dichos espacios, en particular en el rango 2 a 3 años de edad, cuando aumenta el número de niños/as por educador/a y asistente, afectando en forma negativa los aspectos señalados.

RESULTADOS EDUCATIVOS Y EN CLIMAS DE APRENDIZAJE EN LA EDUCACIÓN ESCOLAR

Los resultados de rendimiento escolar han mostrado de manera consistente una fuerte correlación con el nivel de ingreso, dependencia administrativa (establecimiento municipal, particular subvencionado y particular sin subvención), ruralidad y pertenencia étnica (Agencia de Calidad de la Educación, septiembre 2013). Además, se constata que las brechas de rendimiento tienen un efecto incremental, siendo mayor en los cursos superiores (8° y II medio) que en los iniciales (2° y 4° básico) (Fundación para la Superación de la Pobreza, 2009, pp. 44-45).

De esta forma, los datos de las mediciones Simce 2011 de 8° muestran fuertes desigualdades en el logro de aprendizajes instrumentales (lenguaje y matemáticas) entre la población escolar en función del grupo socioeconómico. El porcentaje de estudiantes vulnerables que no logra los aprendizajes del nivel alcanza el 50,4% en lenguaje y el 82,5% en matemáticas, porcentaje que es menor al 10% en lenguaje o al 20% en matemáticas, entre estudiantes provenientes de familias de mayores ingresos. En el clivaje urbano-rural, esta brecha es de 6,7 puntos porcentuales en lenguaje y 13,7 en matemáticas, en desmedro de quienes viven en localidades rurales[50].

48 Mensaje 031-361, que inicia un proyecto de ley que crea la autorización de funcionamiento de jardines infantiles, 1 de abril, 2013, Boletín 8859-04, arts. 3, 7 y 9.

49 El Decreto aumentó de 25 a 32 los niños o niñas de 2 a 3 años (nivel medio menor) bajo cuidado de una un/a técnico de educación de párvulos. Ministerio de Educación. Modifica Decreto N° 315, de 2010, que reglamenta requisitos de adquisición, mantención y pérdida del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de educación parvularia, básica y media. Decreto 115 publicado el 18 de mayo de 2012.

50 Base de datos de resultados Simce 2011 para 4° y 8° básico y Simce 2013 para 2° básico. (Agencia de Calidad, 2013)

El SIMCE no incluye mediciones de varios de los propósitos establecidos en la LGE, que se refieren a una educación de calidad desde la perspectiva de derechos humanos, ni tampoco otros establecidos en los tratados internacionales que no han sido considerados en la misma Ley. Aun así, los cuestionarios complementarios a la aplicación de las pruebas Simce, permiten aproximarse parcialmente a estos aspectos. Los resultados de estos cuestionarios evidencian diferencias en la calidad de la educación entre establecimientos por niveles socioeconómicos[51]. El porcentaje de estudiantes de 8° básico que reportan agresiones frecuentes en sus establecimientos es tres veces mayor entre quienes estudian en escuelas de familias con bajos niveles de ingreso que en las de mayor nivel de ingreso. Lo mismo se evidencia en torno al trato de docentes hacia estudiantes. Estas percepciones son consistentes con las declaraciones de los padres y madres de ambos grupos respecto de la seguridad en la escuela, donde el 59,5% la considera buena o muy buena en el grupo socioeconómico bajo, cifra que aumenta al 82,9% en el grupo de mayores ingresos.

Las denuncias sobre agresiones a estudiantes, entre septiembre de 2012 y agosto de 2013, suman más de 4.600 casos, a los que hay que agregar otros 335 de agresiones sexuales y 828 casos de discriminación (Superintendencia de Educación, 2013). Por otra parte, a nivel de fiscalizaciones, la Superintendencia informa que uno de los hallazgos más recurrentes es la carencia de un plan de gestión para la convivencia escolar (Superintendencia de Educación, 2013a). No se ha podido precisar la distribución de denuncias por tipo de dependencia administrativa u otra variable de interés, ni hacer mayor precisión sobre el tipo de agresiones o de discriminaciones denunciadas, dado que no se han respondido al INDH los oficios de solicitud de información enviados a la Superintendencia de Educación Escolar[52]. Desde otra perspectiva, el aprendizaje para desenvolverse en una cultura respetuosa de los derechos humanos y de la paz aparece también con bajos niveles de logro. Un estudio de la Corporación Opción (CEN, 2011) desarrollado en la Región Metropolitana indica que ante situaciones de agresión o de violencia en espacios escolares, un tercio de los testigos se siente indiferente y un 23% interviene siempre o frecuentemente.

En una evaluación más global, la IX Encuesta Actores del Sistema Educativo (Cide, 2012) muestra baja valoración de la calidad de la educación chilena, dado que la consideran buena o muy buena el 19,3% de los directivos, el 16,1% de los docentes, el 20% de los padres y solo el 14,7% de los/as estudiantes, y es aún menor el porcentaje de cada tipo de actor educativo que valora positivamente su equidad.

EL CIERRE DE LA UNIVERSIDAD DEL MAR: CASO PARADIGMÁTICO DE LA CRISIS INSTITUCIONAL Y DESPROTECCIÓN ESTUDIANTIL

En el 2010 la CNA avaló la calidad de la docencia de pregrado y la capacidad institucional de la Universidad del Mar. Con el otorgamiento de la acreditación, los estudiantes que se integraron a esta casa de estudio pudieron acceder a los programas estatales de apoyo al financiamiento de aranceles. Las denuncias generadas a inicios del 2012 y las dificultades que han tenido los estudiantes con posterioridad a la decisión del cierre de esta Universidad, revelan que el Estado certificó procesos que eran de deficiente calidad.

En mayo de 2012, el recientemente asumido rector de la Universidad del Mar, Sr. Raúl Urrutia, renunció a su cargo denunciando que la prioridad de la entidad administradora de la casa de estudio era pagar a sus empresas asociadas (inmobiliarias) antes que los sueldos e imposiciones de sus académicos. De esta manera se abrió un espacio de cuestionamiento, fiscalización y auditoría que culminó con el inicio de un proceso judicial por acceso ilegal a la acreditación y, por tanto, a recursos estatales para su financiamiento, además de incumplimiento grave de sus compromisos de funcionamiento académico. A ello se sumó la constatación de que autoridades académicas carecían de la formación adecuada e incluso ejercían con títulos falsos, arista que sigue en estudio por parte del Ministerio Público[53].

51 Se utiliza este instrumento dado el carácter censal de su aplicación. Base de datos Simce 8º básico 2011. Cuestionario de Estudiantes, y Cuestionario Padres y Apoderados.

52 INDH. Oficio a Superintendencia de Educación Ord. Nº 228 de 12 de julio de 2013, reiterado en Ord. Nº 305 del 8 de agosto de 2013. Oficio a Mineduc Ord. Nº 249 del 31 de julio de 2013, reiterados en Ord. Nº 349 del 27 de agosto de 2013 y en Ord. Nº 441 del 3 de octubre de 2013.

53 RUC 1210022328-5, Fiscalía de Maipú.

Los estudiantes desarrollaron diversas acciones, desde paralizaciones hasta recursos judiciales buscando protección frente a la potencial estafa[54] que se deriva de la acreditación de la Universidad, y por las cláusulas abusivas en los contratos suscritos con la casa de estudio[55]. Frente a la evidencia de las auditorías realizadas por el Mineduc y las constantes denuncias públicas de los propios estudiantes, pero también de académicos y autoridades de la Comisión Nacional de Acreditación, el Ministerio de Educación solicitó al Consejo Nacional de Educación el cierre de la Universidad del Mar, por incumplimiento grave de sus estatutos[56]. El Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior contempla para estos casos la generación de un plan de cierre, donde el Ministerio de Educación debe administrar dicho proceso, velando por la continuidad de estudios de los estudiantes y su titulación[57].

En ese contexto, el Mineduc generó acuerdos con diversas casas de estudio para que los y las estudiantes pudieran continuar sus estudios en ellas y generó un sistema de becas especiales para facilitar dicho proceso. Sin embargo, la aplicación de las medidas descritas ha resultado insuficiente hasta el momento, como lo muestran los siguientes datos.

La Universidad del Mar contaba con 16.907 estudiantes matriculados/as en el 2012, distribuidos en las diversas sedes de la Universidad, en 11 regiones del país (Sies, 2013). El proceso de cierre considera como posibilidades terminar los programas académicos en la misma casa de estudio o ser reubicados en otras instituciones de educación superior. Unos 4.365 estudiantes optaron por la primera opción y se matricularon en la Universidad del Mar, en tanto que de los restantes 12.542 estudiantes, 4.427 lograron reubicarse.

El grupo de estudiantes que optó por permanecer en la Universidad ha tenido un proceso irregular que se manifiesta en el adeudamiento de sueldos al cuerpo académico, el retraso en el inicio de los semestres y el anuncio de un posible cierre anticipado del plantel por parte de las autoridades ministeriales y de la propia universidad. A los problemas de financiamiento que arrastra la universidad se suma la retención de los recursos provenientes del Crédito con Aval del Estado (CAE) correspondientes a los 1.023 estudiantes que contaban con este beneficio en el 2012, debido a la pérdida de la acreditación y a la escasa probabilidad de que la entidad pueda responder por los créditos entregados[58].

El grupo que logró la reubicación se ha visto afectado por la lentitud del proceso y ha sufrido un impacto económico, debido al alargamiento de las carreras. Los y las estudiantes denunciaron que el proceso de reubicación se ha realizado sin la celeridad necesaria y que han contado con poco apoyo de parte del Ministerio de Educación. De hecho, la reubicación continuaba en proceso de generación de acuerdos en el segundo semestre de 2013, con acuerdos con la Universidad de Talca –que favorecería a los y las estudiantes de la sede San Fernando– y con la Universidad Cardenal Raúl Silva Henríquez, que permitiría reinsertar a estudiantes del área de salud de la sede Maipú (Mineduc, septiembre 2013a; noviembre 2013). Aun con estos avances, el proceso de reinserción ha significado la pérdida de al menos un semestre para todos quienes accedieron a esta modalidad, y para un 30% de ellos/as, más de un año por falta de reconocimiento de estudios respecto de la situación curricular sostenida en la Universidad del Mar, generando un impacto económico que no logra ser compensado con la beca de nivelación generada por el Mineduc (Mineduc, 2013a).

En forma paralela, se han iniciado procesos de cobro de préstamos realizados por la Universidad del Mar a sus estudiantes, quienes han recurrido a tribunales con un recurso de protección, el que fue admitido a trámite el 14 de octubre de 2013[59] y donde se despachó una orden de no innovar respecto del ingreso a DICOM de los/as estudiantes deudores.

54 RUC 1210018687-8 RIT 5809-2012, 9º Juzgado de Garantía de Santiago.

55 2º Juzgado Civil de Viña del Mar. Causa Rol C-4802-2012 del 23 de octubre de 2013

56 Consejo Nacional de Educación. Acuerdo 106, del 26 de diciembre de 2012

57 Decreto con Fuerza de Ley 2 de 2010, Ministerio de Educación, art. 87.

58 Comisión Especial Investigadora encargada de revisar a fondo el sistema de la educación superior chilena. Actas de 361ª legislatura sesión 5ª, celebrada el miércoles 15 de mayo de 2013, págs. 6 y 7.

59 Recurso fue presentado el 23 de julio de 2013 a la Corte de Apelaciones de Santiago y tribunal que se declaró incompetente (Resolución del 24 de julio de 2013, Nº Protección-74241-2013), transfiriendo el caso a la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que rechazó dicha declaración (Resolución. Nº Proteccion-4518-2013), solicitando la resolución de la contienda de competencia a la Corte Suprema. El máximo tribunal fijó la competencia en la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 2 de septiembre de 2013 (Oficio Nº 9447-2013/cvt).

Por otra parte, aún se desconoce la situación de más de ocho mil estudiantes. Sobre esta situación, el INDH solicitó información en cuatro oportunidades al Mineduc[60] para conocer de los mecanismos de reubicación, de protección financiera y apoyos para quienes cursaban estudios en localidades donde no existe oferta equivalente, sin tener respuesta a la fecha de elaboración de este informe.

Lo ocurrido a los estudiantes de la Universidad del Mar puede extenderse a otras casas de estudios a las que también se investiga por acceso fraudulento a la acreditación[61], o a aquellos planteles que accediendo legalmente a ella, obtuvieron acreditación por uno o dos años[62]. Así, si se observa la información que el actual sistema de educación superior pone a disposición de los y las postulantes para tomar su decisión sobre dónde estudiar (Sies o mifuturo.cl y la provista por el DEMRE para la postulación), no informa sobre la acreditación de las instituciones ni de las carreras. Tampoco esos datos están en "ingresa.cl" que es el sitio dedicado a informar y apoyar el sistema de crédito para la educación superior. La información de la acreditación solo está disponible en la página web de la CNA Chile, sitio que no se encuentra actualizado[63] y que tiene como público objetivo las propias instituciones de educación superior y las agencias acreditadoras, más que al estudiantado universitario, por lo que el problema de la desigual calidad de los servicios queda invisibilizado, llevando a los y las estudiantes a tener que optar en consideración de otros factores, y con insuficiente información en sus manos.

60 INDH. Oficios Ord. Nº 444 del 26 de noviembre de 2012; Nº 474 del 27 de diciembre de 2012; Nº 115 del 13 de abril de 2013 y Nº 441 del 3 de octubre de 2013.

61 Véase nota 1.

62 Según cifras entregadas por la CNA, en el año 2013 se rechazó la reacreditación del 17% de las instituciones de educación superior que desarrollaron este proceso. El Mercurio, jueves 7 de noviembre de 2013, C6.

63 En una búsqueda selectiva se indagó cómo se reportaban casos de instituciones a las que se les rechazó la reacreditación, como el de la Universidad de las Américas y la Universidad Internacional SEK a mediados de octubre. Consultado el 18 de noviembre de 2013, el sitio sigue indicando acreditación hasta diciembre de 2014 para estas instituciones, a menos de 15 días de la rendición de la PSU de este año y a 45 días de las postulaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de la Calidad de la Educación (2013) Resumen metodología de Ordenación, enviada al Consejo nacional de Educación (CNED) para su evaluación. Recuperado el 27 de septiembre de 2013, de http://www.agenciaeducacion.cl/resumen-metodologia-de-ordenacion/

Agencia Calidad de la Educación (2013) Gini al Simce: Una aplicación del Indice de Gini a los puntajes de las pruebas. Apuntes sobre la calidad de la Eduacción Año 1, Nº). Santiago: Autor.

Bedregal, P. (2006). Eficacia y efectividad en la atención de niños entre 0 y 4 años. Serie en foco, 79. Expansiva, Chile.

Bernal, R. y Keane, M. (2008). Child Care Choices and Children´s Cognitive Achievement: The Case of Single Mothers, Mimeo.

CEN, Violencia escolar. El fenómeno del bullying. Encuesta metropolitana. Centro de Estudios de la Niñez, Santiago: Corporación Opción

CIDE (2013) IX Encuesta Actores del sistema Educativo. Santiago: Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación-Universidad Alberto Hurtado.

Elacqua, G., Mosqueira, U. y H. Santos (2009) La toma de decisiones de un sostenedor: Análisis a partir de la Ley SEP. *En Foco-Educación.* Santiago: Expansiva-UDP.

Educacion2020 (2013). Opinión de Educación 2020 sobre la Evaluación Docente 2012. http://www.educacion2020.cl/noticia/opinion-de-educacion-2020-sobre-la-evaluacion-docente-2012

Fundación para la Superación de la Pobreza (2009) Umbrales Sociales para Chile. Santiago: Autor.

Fundación para la Superación de la Pobreza (2013) Umbrales Sociales 2013. Resumen Ejecutivo. Santiago: FSP. Disponible en: http://issuu.com/superarpobreza/docs/umbrales_ejecutivo_final

Irarrázaval, I.; Paredes, R.; Murray, M.; Gutiérrez, G.; Bogolasky, F. y C. Contreras (2012) Evaluación de los primeros años de Implementación del Programa de Subvención Escolar Preferencial, de la Subsecretaría de Educación. Santiago: Centro de Estudios Públicos, Universidad Católica de Chile. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de www.dipres.gob.cl/594/articles-88067_doc_2pdf.pdf

Junji (2013) Ránking JUNJI de fiscalizaciones. Base de datos descargada del sitio web institucional, el 1 de octubre de 2013 http://www.junji.gob.cl/portal/index.php?option=com_k2&view=item&id=5197

Melo, F. (24 de julio de 2013) Ministerio de Educación estudia otorgar financiamiento a CFT e IP sin acreditación. La Tercera, Educación. Recuperado el 16 de octubre de 2013 de http://www.latercera.com/noticia/educacion/2013/07/657-534412-9-ministerio-de-educacion-estudia-otorgar-financiamiento-a-cft-e-ip-sin.shtml

Mineduc (1994) Programa MECE: orientaciones básicas, objetivos y componentes. Santiago: Ministerio de Educación.

Mineduc (2011) Educación Técnica Profesional en Chile. Antecedentes y claves de diagnóstico. Santiago: Centro de Estudios, División de Planificación y Presupuesto, Mineduc. Disponible en: http://www.mineduc.cl/usuarios/mineduc/doc/201204241130130.DiagnOsticoEducaciOnTPCentrodeEstudiosMINEDUC.pdf

Mineduc (2013) Campaña para incentivar la matrícula de prekinder y kínder. Noticias Mineduc. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de http://www.mineduc.cl/contenido_int.php?id_contenido=25000&id_portal=1&id_seccion=4657.

Mineduc (2013, Julio) Impacto de asistir a educación parvularia. Serie Evidencias Año 2, N° 19. Centro de Estudios Mineduc. Disponible en: centroestudios.mineduc.cl/tp_enlaces/.../A2N19_Impacto_Kinder.pdf

Mineduc (26 de septiembre de 2013) Ministra Schmidt entrega en Talca nueva sede para estudiantes de la U. del Mar. Recuperado el 3 de octubre de 2013, de http://www.mineduc.cl/contenido_int.php?id_contenido=26046&id_portal=1&id_seccion=10

Mineduc (2013a) Orientaciones para alumnos Universidad del Mar. Beneficios para alumnos UDM. Recuperado el 3 de octubre de 2013, de http://www.mineduc.cl/index1_int.php?id_portal=84&id_seccion=4452&id_contenido=24957

Mineduc (12 de noviembre de 2013) Ministra Schmidt presenta convenio que asegura continuidad de estudios de los estudiantes de la Universidad del Mar sede Maipú. Recuperado el 15 de noviembre de 2013, de http://www.mineduc.cl/contenido_int.php?id_contenido=26840&id_portal=1&id_seccion=10

Mineduc-SNED (2013) Sistema Nacional de Evaluación del Desempeño de los Establecimientos Educacionales Subvencionados y de los regidos por el decreto Ley N° 3166. 2012-2013. Hacia la Excelencia Académica. Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de www.mineduc.cl/usuarios/sned/doc/201301151640160.SNED2013.pdf)

OCDE (2001) *Starting Strong: Early Childhood Education and Care.* Francia: OECD Publishing.

OCDE (2009) *Doing Better for Children.* Francia: OECD Publishing.

OCDE (2011) *Starting Strong III: A Quality Toolbox for Early Childhood Education and Care.* Francia: OECD Publishing.

Rolla, A. y M. Rivadeneira (2006) ¿Por qué es importante y cómo es una educación preescolar de calidad? En foco 76. Santiago: Expansiva. Disponible en www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/19062006104123.pdf

Superintendencia de Educación (2013) Informe de denuncias. Superintendencia de Educación Escolar. Total nacional septiembre 2012 – agosto 2013. Disponible en: http://www.supereduc.cl/usuarios/superintendencia/File/Informes%20de%20Denuncias%202013/Agosto%202013/Total_Nacional_Agosto2013.pdf

Superintendencia de Educación (2013a) Informe de fiscalización. Periodo 1 de enero al 30 de junio de 2013. Disponible en: http://www.supereduc.cl/usuarios/superintendencia/File/2013/Fiscalizaciones_enero_junio2013.pdf

UCE-Mineduc (2013) Otros Indicadores de la Calidad Educativa. Santiago: Unidad de Currículum y Evaluación, Ministerio de Educación.

Unesco (2007) Educación de Calidad para Todos: un asunto de Derechos Humanos. Santiago: OREALC/UNESCO Santiago.

Valenzuela, Villarroel y Villalobos (2011). SEP: Algunos resultados preliminares en su implementación. Presentación en Seminario *"Subvención escolar preferencial: ¿cuánto hemos avanzado?"*. 26 de julio de 2012. Centro de Políticas Pública UC. Disponible en: http://politicaspublicas.uc.cl/seminarios/ver_seminario/16

Waissbluth, M. (2013) Cambio de Rumbo. Santiago: Debate.

6

Medios de comunicación social y derechos humanos

1. Derechos humanos en el tratamiento de la noticia

1

DERECHOS HUMANOS EN EL TRATAMIENTO DE LA NOTICIA



Fotografía: Enrique Cerda



1

DERECHOS HUMANOS EN EL TRATAMIENTO DE LA NOTICIA

ANTECEDENTES

Los medios de comunicación desempeñan un rol crucial para develar asuntos de interés público donde se ven afectados los derechos humanos, y revelan realidades de afectación de derechos que enfrentan ciertos grupos. Los medios masivos de comunicación contribuyen a construir realidades y desde allí a determinar qué hechos son los relevantes de dar a conocer y desde qué perspectiva hacerlo; a través de los mensajes que emiten juegan un rol preponderante en la construcción de la realidad social (INDH, 2012). Tal como indica el reciente informe del Consejo Nacional de Televisión "Los medios de comunicación, y específicamente la televisión, participan de las nuevas condiciones de formación de identidades sociales en un contexto donde los grandes referentes se han debilitado. Son los principales creadores de 'efectos de verdad', de identificación social y de mediación en términos de la memoria que, en conjunto, generan materialidad, es decir relaciones o disposiciones de acción concreta y efectivas" (Lagos Lira & Antezana Barrios, 2013).

Durante el 2013, el INDH presentó dos denuncias ante el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) a través de las cuales manifestó su preocupación por el tratamiento de ciertos temas. Una de las denuncias tuvo como fundamento los dichos antisemitas emitidos en el programa "Hazme reír" de Chilevisión, del lunes 20 de mayo[1]. En efecto, ciertas expresiones del humor político requieren de un análisis mayor ya que pueden constituirse en expresiones atentatorias a la dignidad de las personas. La segunda denuncia[2] fue formulada contra el programa "En su propia trampa" en el cual se intentó "ayudar a un joven que con solo 17 años se encuentra sumergido en el mundo de las drogas y la delincuencia", de acuerdo a la leyenda con la cual fue promocionado el programa. En él se realizó un engaño conducente a un secuestro temporal y a una puesta en escena deliberadamente destinada a causarle confusión, humillación y transmitirle mensajes dudosos al adolescente. En el contexto descrito, el INDH considera que se vulneró su derecho a la dignidad humana y también la obligación de otorgar una protección especial a los menores de edad en conformidad a la Convención sobre los derechos del niño y otros estándares internacionales.

El rol y la responsabilidad que les cabe a los medios de comunicación a la hora de comunicar los eventos sociales también ha sido abordado en el marco de la conmemoración de los 40 años del golpe de Estado, a propósito del rol desempeñado por los medios de comunicación en el registro de los acontecimientos históricos, el acceso a la información pública y la construcción de la memoria histórica. Así, se planteó el debate sobre la responsabilidad que les cabe a los medios de comunicación social en el ocultamiento de las violaciones a los derechos humanos. En virtud del rol social que cumplen los medios de comunicación, la forma en que aborden las vulneraciones a los derechos humanos incide en el respeto y garantía de los mismos. Por ello, si bien las obligaciones positivas atañen al Estado en tanto sujeto obligado, los medios de comunicación tienen una responsabilidad

1 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Oficio Nº 168 dirigido al CNTV. 24 de mayo 2013.

2 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Oficio Nº 465 dirigido al CNTV. 21 de octubre de 2013.

derivada de la función que cumplen, por lo que su actuar debiera inspirarse en el respeto de los derechos humanos.

El presente apartado analiza, por un lado, la forma en que los medios de comunicación cubren los temas de derechos humanos en la actualidad, dando cuenta de las observaciones preliminares de un estudio desarrollado por el INDH durante el año 2012. Por otro lado, en virtud de los cuestionamientos por la forma en que se abordaron de manera mediática las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, se identifican los estándares específicos en relación con el derecho al acceso a la información y su particular relevancia para dar cuenta sobre las violaciones a los derechos humanos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y NORMATIVA NACIONAL

EL INDH ha destacado la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión y como ella constituye un pilar fundamental para la democracia (INDH, 2012). Conforme a los instrumentos internacionales[3], toda persona tiene derecho a expresar su pensamiento sin restricciones arbitrarias –dimensión individual– y el derecho a buscar, recibir, difundir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno –dimensión colectiva–. Sobre esta dimensión la Corte IDH ha señalado "que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia"[4].En efecto, la sociedad en su conjunto debe contar con la posibilidad de acceder a información veraz y oportuna para participar de la decisiones que afectan a la comunidad de manera informada y formular un analisis crítico respecto al funcionamiento de las instituciones que componen el Estado.

La Organización de Estados Americanos (OEA) ha reconocido que el derecho al acceso a la información pública constituye "un requisito indispensable para el funcionamiento de la democracia"[5], respecto del cual los medios de comunicación desempeñan un rol crucial, ya que operan "[…] como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan"[6]. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha asentado que "[u]no de los derechos consagrados en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] es el que permite a los medios de comunicación recibir información que les sirva de base para cumplir su cometido. La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable. Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres y capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública. El público tiene también el correspondiente derecho a que los medios de comunicación les proporcionen los resultados de su actividad"[7].

En línea con lo anterior, la Corte IDH sostuvó que "la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es,

3 Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión IDH.

4 Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 66.

5 Asamblea General de la OEA, Resolución 1932 (XXXIII-O/03), "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia", 10 de junio de 2003.

6 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de julio de 2004, párr. 117.

7 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 34, Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34, párr. 13.

en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficiente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"[8].

Además de la responsabilidad que compete a los órganos del Estado de garantizar el acceso a la información, los medios de comunicación también se ven constreñidos a desempeñar un rol. En efecto "son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad"[9]. En relación con las violaciones a los derechos humanos, los medios de comunicación en el ejercicio de la dimensión colectiva de la libertad de expresión deben propender a una amplia difusión de información e ideas, en especial de aquellas relativas a asuntos de interés público y, en contrapartida, la sociedad tiene el derecho a recibirlas. En suma, los medios de comunicación social deben no solo garantizar la difusión y entrega de aquella información que será recibida en forma favorable o considerada como inofensiva, "sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población"[10].

A nivel nacional, la Constitución Política consagra el derecho a la libertad de expresión en su artículo 19 Nº 12 en el cual se hace referencia directa a los medios de comunicación social. Se establece el derecho de toda persona para emitir opinión o informar sin censura previa. Asimismo establece que "toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar, mantener diarios, revistas y periódicos en la forma que señale la ley. En materia televisiva se reconoce al Estado la posibilidad de operar y mantener estaciones de televisión, y la creación del Consejo Nacional de Televisión como un órgano autónomo con personalidad jurídica cuya principal función es velar por el correcto funcionamiento de la televisión conforme a la Ley Nº 18.838 (INDH, 2012).

8 Corte IDH. Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas. 13 de noviembre de 1985, párr. 56.

9 Ibídem, párr. 34.

10 Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia Fondo, Reparaciones y costas. 6 de febrero de 2001.

Por su parte, la Ley Nº 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y el Ejercicio del Periodismo consagra en su artículo 2 que: "Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado". A la normativa señalada, se suma la Ley Nº 18.168 General de Telecomunicaciones que regula el sistema de concesiones de radiodifusión y la Ley Nº 20.433 que crea servicios de Radiodifusión Comunitaria Ciudadana (conocida como "Ley de radios comunitarias").

En estas leyes es posible identificar normas referentes a las responsabilidades de los medios de comunicación en el tratamiento de la información. Por ejemplo, la Ley Nº 19.733 consagra en su artículo 39 que: "La responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso primero del número 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se determinará por las normas de esta ley y las de los Códigos respectivos. Se considerará también autor, tratándose de los medios de comunicación social, al director o a quien legalmente lo reemplace al efectuarse la publicación o difusión, salvo que se acredite que no hubo negligencia de su parte". Las referencias a responsabilidad de los medios de comunicación aluden a aquella de carácter penal o civil, por ejemplo, al delito de injurias. Asimismo se consagran responsabilidades y sanciones ante el incumplimiento de las formalidades de funcionamiento de los medios de comunicación social y determinan ciertas exenciones de responsabilidad por dichos emitidos por parlamentarios.

Por su parte, el Consejo Nacional de Televisión, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Nº 18.838 y en concordancia con el artículo 19 Nº 2 inciso sexto de la Constitución, establece que:

> [E]s un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno.
>
> Corresponderá a este Consejo velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, y,

para tal fin, tendrá su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen, en conformidad con las normas de esta ley.

Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico.

Si bien dentro del concepto legal de "correcto funcionamiento" no se explicita el deber de los servicios de televisión de observar el respeto a los derechos humanos, esta obligación se desprende de los conceptos enunciados.

COBERTURA DE TEMAS DE DERECHOS HUMANOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El año 2012, el INDH desarrolló un estudio que buscó conocer –entre otras cosas– la forma en que los temas vinculados a derechos humanos es cubierta por los medios de comunicación y analizar los discursos en torno a ella. El estudio contempló aquellas notas de prensa publicadas entre enero y agosto de 2012, en 21 medios de comunicación[11],y para ello se utilizó el banco de noticias NEX[12]. Dicho universo, correspondiente a 339.676 registros, fue organizado a partir de 94 términos relacionados con derechos humanos, quedando finalmente una muestra de 8.504 notas de prensa consideradas relevantes para el análisis. Para cada noticia se elaboró una ficha de caracterización que incluyó la fecha y medio en que apareció, el tema asociado[13], el tratamiento que se dio a la noticia[14], entre otros aspectos. Con posterioridad se realizaron análisis estadísticos y de discurso para caracterizar el contenido de las notas de prensa estudiadas.

Los hallazgos preliminares mostraron que en los casos de crímenes y actos atentatorios contra las personas en dictadura, las notas abordan el tema como uno de derechos humanos. Pareciera que estos atentados y, en general, los crímenes de lesa humanidad han sido internalizados por los medios de comunicación y los/as profesionales de la prensa eminentemente como temas de derechos humanos.

El estudio también muestra que la presencia de entidades u organizaciones de derechos humanos facilita el tratamiento del asunto abordado en la noticia desde esta perspectiva. En el período observado, la presencia del INDH, de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara y de Observadores de Derechos Humanos en los conflictos sociales reportados hizo que los tratamientos informativos abordaran los temas en cuestión como un problema de derechos humanos[15].

Las referencias a organismos internacionales, preferentemente la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Amnistía Internacional, también orienta la noticia en clave de derechos humanos. Un ejemplo de ello es el tratamiento del caso de la jueza Karen Atala, el que ha sido dirimido en la justicia regional, y enmarcó su discusión a nivel nacional como un problema de derechos. Además, la ceremonia de reparación desarrollada por el Poder Ejecutivo

11 De los medios disponibles en el Banco de noticias NEX se seleccionaron los siguientes: El Diario Austral de La Araucanía _Temuco, El Diario de Concepción, El Dínamo, El Llanquihue de Puerto Montt, El Mercurio, El Mercurio de Antofagasta, El Mercurio de Valparaíso, El Mostrador, El Nortero, El Sur de Concepción, Emol.com, La Estrella de Valparaíso, La Segunda, La Segunda Internet, La Tercera, La Tercera Internet, Radio Agricultura, Radio Agricultura.cl, Radio Biobío, Radio Cooperativa, Radio Cooperativa.cl, Terra.cl y The Clinic.

12 Base de datos que incluye noticias emitidas por medios escritos, radio, televisión e internet, tanto de alcance nacional, metropolitano como regional.

13 Corresponde a ocho categorías temáticas: salud sexual y reproductiva (M); Social: vivienda, salud, medioambiente, educación (L); Violación DD.HH. en dictadura (V); Política: participación ciudadana y libertad de expresión (P); Pueblos indígenas, discapacitados, migrantes, diversidad sexual (S); Seguridad ciudadana, judicial, violencia policial (T); Entrevistas y opinión (U); y Otras noticias (W).

14 Tratada o no bajo la nomenclatura de derechos humanos. Específicamente, una nota será clasificada en la categoría "Tratada como DD.HH." solo si el tema central de la nota se presenta en la forma o el sentido de un derecho o si se da a entender que es un derecho fundamental. Esto implica que dentro de la nota está el término "derecho(s)" o sinónimos de éste ("garantías") y/o aparece alguna institucionalidad relacionada con derechos humanos.

15 Las tres entidades mencionadas mantienen una presencia constante en casos como el conflicto en Aysén y las denuncias de violencia por parte de Carabineros, por ejemplo, en las marchas y tomas del movimiento estudiantil; en el caso de la denuncia sobre "abusos sexuales" de la policía a alumnas desalojadas y detenidas; en el conflicto mapuche y las denuncias de agresiones a niños y mujeres por parte de Carabineros.

fue latamente exhibida por los medios, lo cual aumentó la visibilidad de la Corte IDH y de sus prerrogativas.

Por otra parte, dentro de los organismos internacionales y los instrumentos a los cuales el Estado de Chile ha adherido en aras de la defensa de los derechos humanos, destaca la baja cobertura de temas referentes al Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. En efecto, el denominado "conflicto Mapuche", suele enfocarse desde una perspectiva de seguridad pública, apareciendo en la sección de policiales, y en general no como uno relacionado con derechos humanos.

Por último, en cuanto a la estructura de medios y los tratamientos de las noticias, el estudio identificó un mayor porcentaje de notas tratadas como problemáticas vinculadas a los derechos humanos en los medios Terra, El Dínamo, El Mostrador, radio Biobío y radio Biobío.cl. En contraste, los medios cuyo abordaje de las noticias fueron en menor medida tratadas como problemáticas de derechos humanos son el diario La Tercera y el diario El Mercurio.

EL ROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN DICTADURA

Los medios de comunicación social juegan un rol preponderante en la construcción de valores e imaginarios colectivos: "[ ]por una parte, son los depósitos donde se archivan las memorias, en la medida que son capaces de registrar y reproducir los acontecimientos de una época. Por otra parte, estos registros memorables son construcciones dialécticas entre recordar-olvidar, en la cual confluyen de manera dinámica los intereses de los productores (tanto del propio medio como de los periodistas) y del público receptor. La memoria, de esta forma, no es solo el relato de los acontecimientos pasados, sino también la construcción en el presente de aquello que es posible conocer y de aquello que se debe recordar, es decir, de aquello que consideramos como 'lo' memorable." (Rivera Aravena, 2008).

Conforme a lo destacado en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, una de las primeras medidas adoptada por la Junta Militar fue obtener el control absoluto de los medios de comunicación. Algunos de ellos fueron clausurados y desarticulados[16] y otros sometidos a censura previa (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1991). El 11 de septiembre de 1973, a través del Bando N°15[17], la Junta Militar determinó autorizar "solamente la emisión de los siguientes diarios: El Mercurio y La Tercera de la Hora" advirtiendo que "todo otro órgano de prensa escrita que no sea la debidamente autorizada será requisada y destruida" (INDH, 2012).

Si bien algunos medios de prensa se mantuvieron funcionando, la mayoría no cumplió con su deber de difundir información veraz y en forma oportuna. Tal como señaló el Informe Rettig "por regla general, los medios de comunicación mantuvieron en el período que nos ocupa una actitud tolerante con las violaciones a los derechos humanos y se abstuvieron de emplear su influencia en procurar evitar que ellas siguieran cometiéndose"(pág. 972 tomo II). A ello se suman las denuncias de la publicación y difusión de información que no correspondía a la realidad y que respondió a las solicitudes del gobierno de facto[18]. Al respecto, en el marco de la conmemoración de los 40 años del golpe militar, el Presidente Sebastián Piñera declaró que "los medios de comunicación pudieron haber hecho mucho más en haber investigado la realidad de las violaciones a los derechos humanos, con mucho más rigor y profundidad, y no quedarse con la versión oficial del gobierno militar"[19]. Asimismo, el Presidente del Colegio de Periodistas, Marcelo Castillo, valoró el reconocimiento desarrollado por la máxima autoridad del Estado, mas interpeló a que las empresas de la rama

16 A partir del 11 de septiembre desaparecieron medios de comunicación escritos como El Siglo, Clarín, La Última Hora, Puro Chile, revistas Ahora, Ramona, Punto Final, Mayoría, Paloma, Hechos Mundiales, Onda y otras; Asimismo, cerraron algunas agencias informativas como Prensa Latina (cubana) y CTK (checoslovaca) y diversas radioemisoras del país como Magallanes, Corporación, Luis Emilio Recabarren, Radio Balmaceda.

17 Los Bandos están regulados en el Código de Justicia Militar en su art. 77 estableciendo que "el General en Jefe del Ejército o el General Comandante de una División o Cuerpo de Ejército que opere por separado, tendrá autoridad para promulgar bandos que creyere conveniente de dictar para la seguridad y disciplina de las tropas; y estos bandos, como las penas que impusieren, obligarán a cuantas personas sigan al Ejército, sin excepción de clase, estado, condición o sexo". No obstante lo anterior, al inicio de la dictadura la Junta Militar utilizó la herramienta para establecer normas de carácter general para toda la población, civil y militar.

18 http://www.elmostrador.cl/pais/2013/10/29/los-pagos-secretos-de-la-dina-a-copesa-y-el-mercurio/

19 www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/pinera-critico-actuacion-de-la-justicia-y-la-prensa-durante-la-dictadura/2013-09-05/121627.html

asuman la responsabilidad que les compete, afirmando que en Chile "no es que había una prensa que omitía. Había una prensa que era directamente cómplice de las violaciones a los derechos humanos"[20]. En definitiva, los medios de comunicación, ya sea por control o por autocensura, no informaron correctamente y/o desinformaron sobre las violaciones masivas y sistemáticas cometidas por la dictadura.

En el año 2008 el Colegio de Periodistas de Chile efectuó una ceremonia pública en la que pidió perdón por los montajes de crímenes de la dictadura, especialmente por los casos Rinconada de Maipú y Operación Colombo[21], en los cuales se intentó hacer pasar los asesinatos por "enfrentamientos". Al respecto, el Informe Rettig estableció que "por regla general, la prensa continuó haciéndose portavoz de las versiones oficiales de sucesos relacionados con detenidos desaparecidos que pretendieron ocultar la responsabilidad de agentes del Estado chileno y que fueron presentadas como "la verdad" de lo ocurrido, en circunstancias que, en muchas ocasiones, existían motivos plausibles para dudar de tales versiones. Es el caso de las publicaciones de la Revista *Lea* de Argentina y del diario *O'Día* de Brasil, que señalaba como causa de muerte de 119 chilenos sindicados por las instituciones de derechos humanos como víctimas del régimen militar, supuestos enfrentamientos con personas de su misma ideología, publicaciones que fueron reproducidas profusamente en el país" (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1991).

En el marco de la "Operación Colombo" el diario La Segunda, el 25 de julio de 1975 publicó "Exterminados como ratones"[22], titular que hizo creer a la opinión pública nacional e internacional que las víctimas habían fallecido en enfrentamientos con fuerzas de seguridad extranjeras y a consecuencia de purgas internas. Al respecto, el Informe Rettig indica que "[l]a maniobra de desinformación culminó en julio de 1975 con la publicación por parte de la DINA de dos listas de detenidos desaparecidos chilenos que sumaban 119 nombres, en sendas publicaciones especialmente creadas o reactivadas para ese efecto, informando sobre la muerte en el extranjero de todas esas personas. La muerte se habría producido en rencillas intestinas de la izquierda, en el contexto de violencia política que se vivía en distintos países de América Latina (Tomo II, pág. 483). En virtud de lo anterior, el pasado 11 de septiembre se presentó la primera querella por Juan Carlos Chávez Pilquil quien tenía 26 días de vida cuando secuestraron a su padre, Ismael Darío Chávez Lobos[23], víctima de la "Operación Colombo". La querella sindica al propietario del medio como "autor intelectual-mediato, en su condición de colaborador directo de la represión iniciada por agentes del Estado al servicio de la Junta Militar, a partir del 11 de septiembre de 1973, del delito de homicidio calificado"[24]. En la misma línea, el 23 de septiembre, el Ministro Carroza tomó declaración por dos horas a dicho propietario, quien compareció como testigo por la Operación Colombo y por el rol del Diario el Mercurio, también de su propiedad, en la instigación al golpe. Por último, en un informe elaborado por la Corte Suprema, que compone el conjunto de antecedentes que figuran en el Caso del excanciller de Salvador Allende, Orlando Letelier, da cuenta de movimientos bancarios que acreditaron pagos secretos de la DINA a Copesa y a El Mercurio. Conforme a la documentación del máximo tribunal[25], los pagos se efectuaron mediante cheques que ambas empresas cobraron desde una cuenta millonaria encubierta[26]. Asimismo el informe identifica a otros medios cobrando documentos bancarios, entre ellos, Las Últimas Noticias, Diario Austral, La Nación, La Prensa, además El Día y La Discusión de Chillán.

20 http://diarioeldia.cl/articulo/colegio-periodistas-emplaza-medios-admitir-complicidad-dictadura

21 Se denominó así al operativo que realizó la DINA en 1975 para eliminar a 119 opositores a la dictadura de Augusto Pinochet, en su mayoría miristas. La operación implicaba hacer aparecer a ojos de la opinión pública que las 119 personas asesinadas habían muerto debido a enfrentamientos y pugnas internas de los grupos opositores.

22 Los otros dos periódicos de los mismos propietarios "Las Últimas Noticias y El Mercurio" contribuyeron con sus portadas que señalaban respectivamente la "Sangrienta pugna del Mir en el exterior" y que se habían "Identificados 60 miristas ejecutados por sus propios camaradas".

23 Su detención ocurrió el 26 de julio de 1974.

24 http://www.elmostrador.cl/pais/2013/09/13/presentan-primera-querella-contra-agustin-edwards-por-titular-de-la-segunda-que-trato-de-ratas-a-miristas-asesinados/

25 Asimismo, los antecedentes dan cuenta de pagos a los principales agentes de la DINA, entre ellos, Marcelo Moren Brito, Pedro Espinoza, Christoph Willikie, Eduardo Iturriaga Neumann, Cristián Labbé y Juan Morales Salgado.

26 http://www.elmostrador.cl/pais/2013/10/29/los-pagos-secretos-de-la-dina-a-copesa-y-el-mercurio/

De acuerdo con un fallo del Tribunal de Ética y Disciplina del Colegio de Periodistas de Chile de mayo de 2006, respecto del manejo de información de la época, destaca que "esta forma de manejar la redacción de la información es abiertamente manipuladora de la realidad y cargada de una intencionalidad ajena al espíritu de la entrega de una información que debe primar en un periodista"[27]. Asimismo, señaló "que la falta de transparencia en el manejo de las informaciones queda evidente al analizar las propias informaciones publicadas por los diarios. Que algunas declaraciones señalan la existencia de conductos directos entre las autoridades de gobierno y los medios, de forma que existía información interesada que no pasaba por las manos de los periodistas encargados de cubrir las respectivas fuentes. Que no obstante estas opiniones, existen otras que señalan que incluso la acción de esos medios y sus periodistas no sólo callaban la verdad sino que la presentaban tendenciosamente. Porque la verdad que se ocultaba, sí podía desentrañarse. Esta actuación de los periodistas correspondía a políticas absoutamente planificadas"[28].

En su parte resolutiva, el Tribunal determinó que "Así como la Constitución defiende a los medios de comunicación, así también debe defender a la sociedad contra el manejo interesado y manipulador de la verdad que pueden hacer esos medios, un elemento esencial para la toma libre de decisiones de la colectividad"[29]. El tribunal concluye que "al tenor de esta investigación queda en evidencia, además, que el Colegio de Periodistas de Chile tampoco cumplió con su deber de proteger el correcto desempeño profesional y ser un referente en la defensa de valores éticos en el ejercicio de un periodismo sano para la sociedad. Le faltó la decisión de defender los requerimientos de la sociedad de estar correctamente informada y denunciar la responsabilidad que tuvo la prensa y los periodistas que fueron cómplices de esta situación"[30].

Otro caso emblemático en cuanto a rol que atañe a los medios de comunicación fue el caso de Marta Lidia Ugarte Román. Tal como lo consigna el Informe Rettig:

> *El 9 de agosto de 1976 fue detenida por agentes de la DINA la militante del Partido Comunista y miembro de su Comité Central según testigos la afectada permaneció recluida en el sector denominado "La Torre" de Villa Grimaldi, muriendo posteriormente a consecuencia de las torturas de que fue objeto. Su cadáver fue arrojado por sus captores al mar, pero no obstante las precauciones que éstos tomaron para evitarlo, fue encontrado semidesnudo dentro de un saco amarrado a su cuello con un alambre, el 9 de septiembre de ese mismo año en la plaza la Ballena, ubicada en Los Molles. Según el informe de la autopsia, la afectada sufrió en vida una luxo fractura de columna, traumatismo toraco abdominal con fracturas costales múltiples, ruptura y estallido del hígado y del bazo, luxación de ambos hombros y cadera, y una fractura doble en el antebrazo derecho, habiendo fallecido el 9 de septiembre de 1976.*
>
> *La Comisión llegó a la convicción de que Marta Ugarte fue detenida y hecha desaparecer forzosamente por agentes del Estado, quienes violaron así sus derechos humanos, lo que se confirma por el hecho de que fortuitamente haya aparecido su cádaver que sus captores intentaron ocultar lanzando al mar. (Tomo II pág. 823)*

Con fecha 12 de septiembre de 1976 el cuerpo de Marta Ugarte fue hallado por un pescador en la playa de La Ballena, en Los Molles. Desde un comienzo el descubrimiento del cuerpo fue abordado en la crónica roja de los medios periodísticos, "resguardando", según ellos, la identidad de la víctima a efectos de no entorpecer la investigación, y adelantando que probablemente la muerte era producto de un crimen pasional, versión que fue replicada en diversos medios escritos, especialmente por La Tercera, como una forma de encubrir la práctica de la DINA que constituyó una de las formas de aniquilamiento y desaparición de cuerpos empleada por la dictadura. En efecto, los antecedentes del caso dan cuenta que en aquel entonces "La Cruz Roja Internacional pidió a la Secretaría Nacional de Detenidos, SENDET, información por la detención; en la ocasión, el Presidente de la Corte Suprema sostuvo que el

27 Fallo del Tribunal de Ética Consejo Metropolitano del Colegio de Periodistas de Chile, Denunciante: Cecilia Radrigán Plaza y Roberto D'Orival Briceño por Colectivo familiares detenidos desaparecidos en Operación Colombo; Denunciados: Director diarios El Mercurio, La Segunda, Las Ultimas Noticias, Mercedes Garrido Garrido y Beatriz Undurraga Gómez, 21 de Marzo de 2006, pág. 7.

28 Ibídem, pág. 16.

29 Ibídem, pág. 24.

30 Ibídem, pág. 23.

Servicio de Inteligencia no tenía ninguna persona detenida con ese nombre"[31].

Así, "la desinformación de la opinión pública en estas materias contribuyó sin duda a la mantención de las violaciones de derechos humanos en el país" (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1991).

BIBLIOGRAFÍA

Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. (1991). *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.* Santiago, Chile.

INDH. (2012). *Informe Anual 2012. Situación de Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile.

Lagos Lira, C., & Antezana Barrios, L. (2013). *Discusión Internacional sobre Género y Televisión.*

Rivera Aravena, C. (2008). La verdad está en los hechos: una tensión entre objetividad y oposición. Radio Cooperativa en Dictadura. *Historia Nº 41,* I, 79 - 98.

31 http://www.memoriaviva.com/Ejecutados/Ejecutados_U/ugarte_roman_marta_lidia.htm

Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos en el período 1973-1990

7

1. Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos en el período 1973-1990

1

VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÍODO 1973-1990



Fotografía: Enrique Cerda



1 VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS DURANTE EL PERÍODO 1973-1990

ANTECEDENTES

Conciliar los anhelos y obligaciones del Estado en materia de verdad, justicia y reparación en sociedades que han sufrido violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, con la reconstrucción de la convivencia democrática, representa un desafío frente al cual no existe un modelo único. No obstante las tensiones que pudiera representar ese desafío, las obligaciones de garantizar que estos hechos nunca vuelvan a ocurrir requiere satisfacer ciertos estándares. El INDH ha descrito en sus Informes Anuales anteriores cómo, en esta materia, Chile ha dado respuestas que reflejan el creciente repudio social y político en torno a las violaciones cometidas en el pasado.

Ello también ha quedado de manifiesto el año 2013 a propósito de la conmemoración de los 40 años del golpe. Transcurridas cuatro décadas de los hechos que dieron inicio a un régimen de facto que hizo de las violaciones a los derechos humanos una política de Estado, los chilenos y chilenas, y también la comunidad internacional, no han dejado de recordar a las víctimas de la dictadura y de reflexionar en torno al quiebre de la convivencia democrática. Si bien era de esperar una amplia reflexión en torno a lo ocurrido en el país en esta fecha, las dimensiones y profundidad que tuvo la conmemoración de estos hechos han sorprendido por su extensión y diversidad.

En general, los principales actores políticos y sociales se pronunciaron y evaluaron críticamente lo sucedido a miles de chilenos/as. El Presidente de la República expresó su condena a estas violaciones, así como su crítica opinión respecto del comportamiento de personas e instituciones como medios de prensa y los tribunales, por no haber ejercido las funciones más esenciales que la sociedad les asigna y que hubieran constituido barreras elementales para la protección de los derechos humanos. Ya el 2005 la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura expresaba en similares términos que las violaciones a los derechos humanos encontraron asidero "[e]n la concentración de poderes; en el amparo de una legislación restrictiva y abusiva; en la inacción, cuando no en la activa complicidad, de relevantes y numerosos miembros del Poder Judicial, así como de ciertos miembros civiles del régimen; en la prohibición de toda expresión ciudadana o actividad política; en el total control de los medios de comunicación e, inclusive, en el activo apoyo por parte de diversos medios escritos y de televisión a la acción del gobierno militar" (Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2005, pág. 186).

Este es un componente consustancial a las violaciones sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos. Ellas "no podrían ser posibles sin el concurso de gran cantidad de personas. Los que planearon los hechos y los que los ejecutaron, los que denunciaron a sus vecinos o amigos, los que prestaron recursos materiales, los que cometieron de hecho los actos atroces, (…) los que cooperaron por omisión (..) los jueces que realizaron los procedimientos judiciales que pudieron haber detenido las violaciones, los periodistas que omitieron publicar las atrocidades ayudando a contener las reacciones internas e internacionales (…)" (Nino, 1997, pág. 10).

Otro poder del Estado que se pronunció, reconociendo la participación que le correspondió desempeñar en los hechos, fue la Corte Suprema. El máximo tribunal reconoció de manera pública y por vez primera que la conducta asumida por la judicatura "[h]abría permitido

un sistema represivo que afectó gravemente las garantías fundamentales de la ciudadanía y que derivó en muertes, desapariciones forzosas y torturas, entre otros ilícitos (…)", agregando que las violaciones institucionalizadas a los derechos humanos se debieron, en parte, "[a] la omisión de la actividad de jueces", lo que "constituyó una dejación de funciones jurisdiccionales (…)"[1]. Por su parte, los jueces y juezas agrupados en la Asociación Nacional de Magistrados pidieron perdón a las víctimas, sus deudos y a la sociedad chilena por la actuación de la magistratura, señalando que era el momento de no "[eludir la responsabilidad histórica de nuestra judicatura en relación a la vulneración de los derechos básicos de la persona humana producidos durante el régimen dictatorial. Hay que decirlo y reconocerlo con claridad y entereza: el Poder Judicial y, en especial, la Corte Suprema de la época, claudicaron en su labor esencial de tutelar los derechos fundamentales y proteger a quienes fueron víctimas del abuso estatal" (cooperativa.cl, 2013).

Todas estas declaraciones permitieron a una parte de la población, en particular a los más jóvenes, tener acceso a información que les permitió formarse un juicio sobre los hechos acaecidos. Los principales canales de televisión transmitieron programas alusivos al golpe de Estado, sus causas y consecuencias, lo que alimentó el debate público.

El INDH no estuvo ajeno a la conmemoración de esta fecha y llevó a cabo iniciativas orientadas a fortalecer una cultura de respeto a los derechos humanos[2]. El Consejo del INDH, en declaración pública, señaló que "[s]in perjuicio de las diversas interpretaciones y legítimas diferencias que existían del contexto previo al 11 de septiembre de 1973, nada justifica las graves violaciones a los derechos humanos que cometieron agentes del Estado o particulares –con la tolerancia de éste– contra miles de chilenos y chilenas" (INDH b, 2013).

La reflexión en torno a las sistemáticas violaciones a los derechos es relevante, en la medida en que hace parte de la valoración que el cuerpo social y político hace del respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, si bien la mayoría de los sectores políticos del país reprochan actualmente las violaciones a los derechos humanos ocurridas, no ocurre igual cosa respecto del golpe militar que para algunos sectores sí tuvo justificación. Genera preocupación que aún persiste en un porcentaje de la población (22,1%) la opinión de que en 1973 fue necesario atropellar los derechos humanos de algunas personas para poder alcanzar la paz social (INDH, en prensa). Es una cifra que preocupa, porque si bien es legítimo que existan visiones históricas diversas sobre las causas que llevaron al quiebre institucional, ello no debiera derivar en la justificación de las violaciones a los derechos humanos cometidas.

El INDH señaló en esta perspectiva que "[l]a búsqueda de la verdad, el acceso a la justicia y la reparación a las víctimas, junto a la garantía de que nunca más en Chile se vuelvan a repetir hechos tan brutales como los vividos, constituyen el único camino posible para una convivencia democrática (…) [s]ólo la preservación y circulación de la memoria sobre las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos y su inclusión en la educación y formación a todos los niveles, incluidas las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad, pueden garantizar que nunca más en Chile vuelva a imponerse la intolerancia y la fuerza" (INDH b, 2013).

El Estado de Chile, bajo el escrutinio de diversas instancias internacionales, ha sido destacado tanto por los esfuerzos desplegados en materia de acceso a la justicia, como por los avances en la búsqueda de la verdad y los programas de reparación[3]. Los 40 años y algunos hechos ocurridos en el periodo 2013 ponen de relieve nuevos desafíos que encarar. Probablemente

1 Declaración pública del Pleno de la Corte Suprema. 6 de septiembre de 2013.

2 Dentro de las actividades desarrolladas el INDH, invitó a la escritora española Almudena Grandes, quién ofreció, el 24 de septiembre en el Centro Cultural Estación Mapocho, una cátedra sobre Memoria y Literatura, a 40 años del Golpe de Estado en Chile.

3 La Corte IDH ha señalado a este respecto que "valora positivamente la política de reparación de violaciones a derechos humanos adelantada por el Estado" Corte IDH. Caso García Lucero y Otras vs. Chile. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr.189 y 213. Ya antes había expresado similares comentarios en la sentencia Almonacid Arellano vs. Chile. Mismo parecer ha sido expresado por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada (enero 2013) al señalar que "Chile posiblemente es el país que mayores reparaciones económicas ha otorgado a víctimas de desapariciones forzadas". Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/22/45/Add.1. 29 de enero de 2013, párr. 44.

somos testigos de un ciclo distinto que debe responder al impacto del tiempo transcurrido, en la perspectiva de avanzar en la dirección de garantizar la no repetición de los hechos. En el presente acápite se aborda la garantía de no repetición a la luz de los estándares internacionales, y se revisan algunos hitos del año en materia de acceso a la justicia y a la información pública en relación con las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos, en el entendido que estos derechos hacen parte de la garantía de no repetición.

GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

La garantía de no repetición es el conjunto de medidas destinadas a que los crímenes masivos y sistemáticos cometidos en el pasado no vuelvan a ocurrir en el futuro. Se trata de medidas de diversa naturaleza (política, legal, judicial, administrativa, cultural) que se orientan a hacer frente al legado de las violaciones a los derechos humanos, y a restituir la institucionalidad y la convivencia democrática[4]. Los contextos en que se cometen violaciones a los derechos humanos sistemáticas e institucionalizadas impactan más allá de las víctimas, sobrevivientes y sus familias, a la sociedad en su conjunto y es a esta última que se dirigen.

La garantía de no repetición ha sido tema de preocupación de las Naciones Unidas, que en el año 2011 creó la figura del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición[5]. Los antecedentes normativos de esta garantía se encuentran tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho internacional humanitario. Su sistematización encuentra fundamento en la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder"[6]; el "Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad"[7], y en los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones"[8].

Los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones"[9] establecen que "[l]as garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho

4 Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. A/HRC/21/46. 9 de agosto de 2012, párr. 15.

5 Naciones Unidas. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos Nº 18/7. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. A/ARC/RES/18/7 de 13 de octubre de 2011.

6 Naciones Unidas. Asamblea General. Adoptada el 29 de noviembre de 1985. Resolución 40/34.

7 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Adoptada el 8 de febrero de 2005.

8 Naciones Unidas. Asamblea General. Adoptada el 16 de diciembre de 2005 mediante resolución 60/174

9 Ibídem.

humanitario o las permitan"[10]. Estas medidas se inscriben, por lo tanto, dentro de los esfuerzos por evitar que ocurran nuevamente hechos lesivos a los derechos humanos.

En la misma línea la Comisión IDH ha señalado que estas garantías están constituidas por un conjunto de medidas de cargo del Estado que tiene por objeto prevenir nuevas violaciones a los derechos humanos. Dentro de las medidas identificadas que hacen parte de esta garantía se encuentran "[l]a disolución de grupos armados paraestatales; la derogación de normas que favorecen la comisión de violaciones a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario; el control efectivo de las Fuerzas Armadas y de seguridad por la autoridad civil; el empleo de tribunales militares exclusivamente para delitos de función; el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial; la protección de la labor desarrollada por operadores de justicia, defensores de derechos humanos y periodistas; la capacitación ciudadana y de agentes del Estado en materia de derechos humanos y del cumplimiento de los códigos de conducta y las normas éticas; y la creación y perfeccionamiento de mecanismos de intervención preventiva y resolución de conflictos" entre otras [11].

Las medidas descritas tienen que ver con diseños institucionales mínimos (depuración de los organismos de seguridad, independencia del Poder Judicial, entre otras), que permitan la restitución de la convivencia política en sociedades asoladas por el conflicto. A ellas se deben agregar las obligaciones generales del Estado en materia de verdad, justicia y reparación, que obviamente contribuyen también a prevenir la repetición de los crímenes y violaciones a los derechos humanos cometidas.

Esclarecer los hechos, brindar garantías de acceso a la verdad, la justicia, y la reparación, además de garantizar la no repetición de los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, se inscriben como parte de lo que se ha llamado 'justicia de transición' o 'transicional'. El concepto de justicia de transición "[a]barca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación"[12]. Aun cuando no es posible establecer un modelo único de justicia transicional que dé respuesta satisfactoria a los desafíos que plantea encarar los crímenes del pasado, desde el derecho internacional de los derechos humanos se ha consolidado un cuerpo normativo de carácter vinculante, que se orienta a garantizar la no repetición de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario[13].

Las estrategias destinadas a cumplir con la obligación de garantía de no repetición sobre violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos deben necesariamente tomar en cuenta "[e]l contexto específico de cada situación a fin de prevenir la repetición de las crisis y futuras violaciones a los derechos humanos, asegurar la cohesión social, la construcción de la nación, la implicación en el proceso y la inclusión (….)"[14]. Dentro de las principales medidas identificadas a los fines de prevenir la ocurrencia de dichos crímenes están aquellas que se orientan a combatir la impunidad por lo que los Estados deben "organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público de manera que sean capaces de garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y de prevenir, investigar, juzgar y sancionar su vulneración"[15]. En este sentido, la renuncia a la obligación de develar los hechos, determinar las responsabilidades criminales y sancionar a los culpables, propicia la repetición crónica de los mismos.

10 Naciones Unidas. Asamblea General. Adoptada el 16 de diciembre de 2005 mediante resolución 60/174. Anexo. Pag. 3 II. Alcance de la Obligación.

11 Comisión IDH. Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.120Doc. 60. 13 diciembre 2004, párr. 47.

12 Naciones Unidas. Informe del Secretario General. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. S/2004/616. 3 de agosto de 2004, párr. 8.

13 Comisión IDH. Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.120Doc. 60. 13 diciembre 2004. Párr. 24. La Comisión IDH ha señalado a este respecto que: "[l]as normas internacionales vigentes para los Estados miembros, su interpretación a través de la jurisprudencia y los lineamientos recogidos por los órganos intergubernamentales, coinciden en identificar a la verdad, la justicia y la reparación como desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respeto a la ley y rechazo a la impunidad", párr. 28.

14 Naciones Unidas. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos Nº 18/7. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. A/ARC/RES/18/7 de 13 de octubre de 2011, parr 11.

15 Comisión IDH. Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.120Doc. 60. 13 diciembre 2004, párr. 35.

ACCESO A LA JUSTICIA

Investigar y sancionar de manera efectiva crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad ha sido reconocido como una norma imperativa de derecho internacional –*ius cogens*[16]–, y hace parte de la garantía de no repetición que se consagra en diversos instrumentos internacionales[17].

La búsqueda de justicia en este ámbito también ha cumplido 40 años. Si bien el Estado de Chile ha avanzado en dar una respuesta judicial a los crímenes, abriendo de oficio causas por desaparición forzada y ejecución extrajudicial; prestando apoyo y asesoría jurídica y social a los familiares de estas víctimas en el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior; y fortaleciendo a los órganos coadyuvantes a las investigaciones judiciales, en especial a la Policía de Investigaciones y al Servicio Médico Legal, esta ha sido una respuesta lenta. En ello se reparó también este año y en consecuencia la Corte Suprema resolvió que, a partir del mes de octubre de 2013, los ministros que tienen a su cargo causas en las que se investigan violaciones graves a los derechos humanos, se dediquen de manera exclusiva y a tiempo completo a la tramitación de las mismas[18]. Ello debiera contribuir a mejorar el tiempo de respuesta sin comprometer la calidad de las investigaciones judiciales en curso.

El tema del transcurso del tiempo y la garantía de acceso a la justicia ha sido una cuestión abordada por los órganos de control de derechos humanos. Específicamente, la Corte IDH ha señalado que "[l]a celeridad de los procesos judiciales en relación con personas en situación de vulnerabilidad, por ejemplo personas de avanzada edad vinculadas a un proceso judicial, requiere "de una especial diligencia de las autoridades en la resolución del proceso respectivo"[19].

Desde el año 2010 a octubre de 2013, la Sala Penal de la Corte Suprema ha dictado sentencia en 36 casos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. En ninguno de estos casos aplicó la prescripción o la amnistía[20].

En tres causas, los acusados fueron absueltos de los cargos y en los otros 33 casos, los responsables de los hechos fueron condenados. Respecto de la determinación de las penas aplicadas, en la gran mayoría de las condenas mencionadas se reconoció a los condenados la atenuante de la irreprochable conducta anterior[21] y en 24 casos se aplicó la prescripción gradual o media prescripción, la que permite a los jueces rebajar en uno, dos o tres grados la pena. En ningún caso se han reconocido agravantes a los condenados[22].

La combinación de todas estas instituciones jurídicas redundó en que se impusieran sanciones no privativas de libertad a ex agentes del Estado condenados por crímenes, incluidos delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Se consideró para estos efectos, la institución de la media prescripción a los efectos de morigerar la responsabilidad penal comprometida. Al respecto, el INDH ha señalado que

16 Norma de *ius cogens*, según el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es "[u]na norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario".

17 El carácter obligatorio de investigar y sancionar los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad tiene antecedentes entre otros instrumentos en: el Estatuto del Tribunal de Nüremberg consecuencia del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 firmado por las potencias vencedoras (Estados Unidos, el Reino Unido, el Gobierno Provisional de la República Francesa y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas). Se confirma en los principios generales del Derecho Penal Internacional que aprueba la Asamblea General de Naciones Unidas en 1946 (Quincuagésima quinta reunión plenaria. Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946) y se refleja en una serie de instrumentos jurídicos internacionales que se promulgan en las décadas siguientes, como la Convención de 1948 contra el Genocidio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949. "En consecuencia, estas normas han pasado a constituir tanto derecho consuetudinario como principios generales de derecho, sin perjuicio de su consagración convencional en diversos tratados". Ver Sentencia de primera instancia Rol Nº 6671-2005 de 4 de junio de 2012, dictada por el Ministro Alejandro Solís de la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa en que investiga el crimen de torturas en contra del actual diputado Sergio Aguiló Melo. En la década de los 70, la ONU reforzó estos criterios normativos en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. El desarrollo progresivo del derecho internacional y los esfuerzos de la comunidad internacional por erradicar este tipo de crímenes e impedir la impunidad, continuó con la creación de la Corte Penal Internacional, aprobada por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF.183/9. 17 de julio de 1998.

18 Corte Suprema. Resolución del Pleno. 13 de septiembre de 2013 AD-16-2013.

19 Corte IDH. Caso García Lucero y Otras vs. Chile. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 183

20 El último caso en que se aplicó la prescripción por la Corte Suprema de Justicia fue en el de Jacqueline Binfa Contreras, detenida desaparecida. Sentencia CSJ, Rol N° 4329-08 de 22 de enero de 2009.

21 En 29 de los 33 casos se reconoció la atenuante al menos a uno de los condenados.

22 Sin embargo, cuando en el proceso se investigan delitos relativos a más de una víctima, se aplican reglas de determinación de la pena del art. 74 del Código Penal o del art. 509 del Código de Procedimiento Penal. En este último caso la pena puede ser aumentada.

la media prescripción contraviene la naturaleza imprescriptible de dichos crímenes. Por ello, ha instado a que el Poder Judicial, en la perspectiva de garantizar el acceso a la justicia de víctimas y familiares, se abstenga de dar aplicación a dicha institución (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 275).

Como se da cuenta en el informe Anual 2012, en marzo de ese año se modificó la composición de la Sala Penal de la Corte Suprema, la que redundó en algunos cambios en los criterios anteriores a la hora de fallar en estas materias[23]. La Corte Suprema, atendida la naturaleza del hecho pesquisado y los antecedentes de la investigación, señaló que se está en presencia de un crimen contra la humanidad, de lo cual "deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad"[24].

De esta manera, entre el año 2010 y febrero de 2012 la Corte Suprema dictó 26 sentencias en casos de graves violaciones de los derechos humanos, de las cuales tres fueron absolutorias y 23 condenatorias. De las 23 sentencias condenatorias, en 20 casos se aplicó la media prescripción y en tres casos la regla no fue aplicada. La nueva Sala Penal ha dictado, entre marzo de 2012 y octubre de 2013, 10 fallos, todos condenatorios. De estos, en cuatro ocasiones la Corte ha aplicado la institución de la prescripción gradual.

El cambio de composición de la Sala repercutió también en el criterio para acoger o rechazar las demandas civiles de reparación de perjuicios interpuestas por los familiares de las víctimas[25]. Desde marzo de 2012 a octubre de 2013 existen cuatro sentencias de causas con demandas civiles interpuestas. La primera fue derivada al Pleno y en los otros tres casos las demandas han sido acogidas. En el periodo de 2010 a febrero de 2012 hubo 15 sentencias de causas con demanda civil contra el Fisco, y de estas causas una fue resuelta por conciliación entre las partes, en 9 casos la demanda fue rechazada, y en cinco casos acogida. A partir de marzo de 2012, cuando la Sala ha debido resolver, se han acogido las demandas civiles en todos los casos.

Mención especial requiere la causa por secuestro del Dr. Eduardo González Galeno. Se trató del primer caso que debió ser conocido por la nueva Sala Penal con demanda civil. La Sala debió resolver dos cuestiones que han motivado reparos a las sentencias: la competencia de la Sala y la prescripción de la acción civil[26]. La Sala estimó que sí era competente para conocer de la demanda, una vez rechazado el recurso del Fisco. Sin embargo, respecto de la prescripción, de acuerdo con el art. 780 del Código de Procedimiento Civil, decidió remitir los antecedentes al Pleno de la Corte Suprema[27]. El Pleno de la Corte dictó sentencia el 21 de enero de 2013 y, por voto de mayoría, acogió la excepción de prescripción opuesta por el Fisco y rechazó en todas sus partes la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por la hermana de la víctima[28].

ACCESO A LA INFORMACIÓN: GARANTÍA DEL DERECHO A LA VERDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho de acceso a la información pública, concebido como parte constitutiva del derecho a la libertad de expresión, ha sido definido como el derecho a solicitar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. En relación con los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, este derecho se ha vinculado al derecho a la verdad[29] y al derecho de acceso a la justicia.

23 Por diversas razones, tres ministros abandonan Sala, el Presidente de la Sala don Nibaldo Segura Peña, don Jaime Rodríguez Espoz y don Rubén Ballesteros Cárcamo, quien asume la presidencia de la Corte Suprema. En marzo ingresan a la Sala los Ministros don Haroldo Brito Cruz y don Milton Juica Arancibia, quien asume la presidencia. Posteriormente, tras su designación por el Congreso a la Corte Suprema, ingresa como quinto integrante de la Sala Penal don Lamberto Cisternas Rocha.

24 Sentencia C.S.J., Rol Nº 288-12, de 24 de mayo de 2012, considerando trigésimo tercero.

25 La demanda civil de indemnización de perjuicios, busca la reparación del daño moral causado por el delito y en el antiguo sistema procesal, puede ser interpuesta por los familiares de las víctimas o las víctimas sobrevivientes en sede penal o sede civil. Los datos expresados a continuación se refieren a las demandas civiles interpuestas dentro del proceso penal.

26 Una de las principales razones de rechazo de las demandas civiles por la Sala Penal era por considerarse incompetente para conocer el asunto (art. 10 Código Penal).

27 Sentencia C.S.J., Rol Nº 10.665-11, de 25 de junio de 2013, considerando decimo noveno.

28 La sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros señores Juica, Muñoz, Dolmetsch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar Z.

29 La Comisión IDH ha dicho a este respecto que "[t]toda sociedad tiene el derecho inalienable de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a cometerse"

De esta manera establecer restricciones, prohibiciones y otras formas de secreto sobre antecedentes, archivos o testimonios que dan cuenta de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, podría constituir una infracción a las obligaciones de garantizar el derecho a la verdad y el acceso a la justica, en la medida en que se priva a la sociedad, y a los órganos encargados de impartir justicia, de información eventualmente relevante para el esclarecimiento de los hechos.

El derecho a la verdad entendido como el esclarecimiento, resignificación y reconocimiento público de hechos vedados, ocultados y/o manifiestamente distorsionados por el aparato estatal con el propósito de sustraer del escrutinio público y de la acción de la justicia a los responsables de las lesiones a la dignidad del ser humano, supone entre otras acciones garantizar el acceso a la información. Recientemente, y a propósito precisamente de las violaciones a los derechos humanos, el derecho a la verdad y el acceso a la información "[h]an comenzado a vincularse de forma explícita y complementaria" (Lauzán, 2012, pág. 341). La Corte IDH (2010) ha planteado esta relación entre verdad y acceso a la información en términos de fijar la obligación de cargo del Estado de proveer toda la información, y agostar todos los recursos que estén a su disposición, a los fines de satisfacer este deber[30].

Garantizar el acceso a la información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, entraña por otro lado, poner en marcha los recursos judiciales de la jurisdicción interna. Impedir dicho acceso resulta, por lo tanto, incompatible con el derecho a la protección judicial previsto en diversos instrumentos internacionales, más aun cuando este se encuentra obligado a investigar, sancionar y reparar el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

En Chile, la Ley 19.992 que establece pensión de reparación y otros beneficios a favor de las personas reconocidas como víctimas en el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, contiene una disposición respecto del secreto de los antecedentes recibidos por la Comisión.

30 Corte IDH. Caso Gomes Lund y Otros "Guerrilha de Araguaia" vs Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

Dice el artículo 15 de dicha ley que "[s]on secretos los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, (…). El secreto establecido en el inciso anterior se mantendrá durante el plazo de 50 años (...). Mientras rija el secreto previsto en este artículo, ninguna persona, grupo de personas, autoridad o magistratura tendrá acceso a lo señalado en el inciso primero de este artículo, sin perjuicio del derecho personal que asiste a los titulares de los documentos, informes, declaraciones y testimonios incluidos en ellos, para darlos a conocer o proporcionarlos a terceros por voluntad propia".

El hecho de mantener con carácter de secreto antecedentes que pudieran contribuir al esclarecimiento de crímenes cometidos durante la dictadura contraría lo consagrado en los estándares internacionales en la materia. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que "[e]n caso de violaciones a los derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación de procesos pendientes"[31].

De conformidad a la norma transcrita de la Ley Nº 19.992, sólo el año 2053 la sociedad chilena, incluidos los tribunales de justicia, podrán acceder a la documentación y conocer en detalle la información de las violaciones a los derechos humanos relatadas. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus observaciones finales del año 2007 señaló que el Estado de Chile "[d]ebería hacer pública toda la documentación colectada por la Comisión de Verdad y Reconciliación, y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (CNPTT)"[32].

Organizaciones de la sociedad civil han exigido la apertura de los archivos secretos de la dictadura. Este año la Agrupación Londres 38 impulsó una campaña para lograr la apertura de archivos que contienen información sobre violaciones a los derechos humanos, afirmando que "A 40 años

31 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 180.

32 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, 17 de abril de 2007, CCPR/C/CHL/CO/5.

del golpe de Estado, y de dos décadas de gobiernos civiles aún hay archivos que se mantienen en secreto. Exigimos su apertura. Contra la impunidad, por verdad, justicia y libre acceso a la información que nos pertenece"[33].

En definitiva, el derecho al acceso a la información se erige como un mecanismo determinante para alcanzar el esclarecimiento de lo sucedido, de ahí que "la CIDH ha indicado que en contextos de transición a la democracia, la libertad de expresión y el acceso a la información adquieren una importancia estructural" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana para los Derechos Humanos, 2010).

En relación con este tema, la Contraloría General de la República ha reforzado en diversos dictámenes el carácter reservado o secreto tanto de los antecedentes como de los actos de la Comisión Sobre Prisión Política y Tortura, lo que constituye un impedimento para acceder a información que podría requerir la justicia en el marco de investigaciones con motivo de violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

SENTENCIA CORTE IDH EN EL CASO GARCÍA LUCERO

En agosto de 2013, la Corte IDH dictó sentencia en el caso García Lucero[34] por la responsabilidad internacional que le cabe al Estado de Chile en la falta de investigación de oficio de los actos de tortura de que fue objeto Leopoldo García Lucero[35]. Cabe señalar que recién el 7 de octubre de 2011, bajo el patrocinio de la Corporación de Asistencia Judicial, se interpuso querella criminal por los delitos de detención ilegal, tortura o tormentos y lesiones.

La Corte IDH reprochó que habiendo tomado noticia, al momento de calificar como exonerado político a García Lucero (año 1994), de que este era una víctima sobreviviente del crimen de tortura, el Estado de Chile incurrió en responsabilidad internacional al no haber abierto de oficio una investigación judicial. Dicho tribunal sostuvo que el "[d]erecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables. De modo consecuente, existe un deber estatal de investigar los hechos, que es una obligación de medio y no de resultado, pero que debe ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios"[36].

De acuerdo con el razonamiento, dice la Corte, una vez que se ha tomado noticia de hechos constitutivos de violaciones a los derechos, el Estado está en la obligación de "iniciar ex oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales (…)[37]. Esta obligación de conformidad al art. 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, además debe realizarse de 'inmediato' a partir de que existe 'razón fundada' para creer que se ha cometido un acto de tortura[38].

En el caso bajo análisis, la Corte IDH analiza el acceso a recursos judiciales idóneos para reclamar las medidas de reparación. En efecto, para las víctimas de tortura, la reparación debe incluir las dimensiones de compensación y rehabilitación. La primera se refiere al perjuicio evaluable económicamente, el que ha de ser proporcional al daño ocasionado. La segunda –rehabilitación– comprende la atención en salud física y mental y las prestaciones de servicios

33 Campaña de "Londres 38" exige apertura de archivos secretos de la dictadura. Martes 22 de octubre 2013.

34 Corte IDH. Caso García Lucero y Otras vs. Chile. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Petición presentada el 20 de mayo de 2002. Informe de Fondo 23 de marzo de 2011.

35 Detenido el 16 de septiembre de 1973 por carabineros en la ciudad de Santiago. Pasando por diversos centros de detención entre los cuales estuvo el Estadio Nacional, el Campo de Concentración "Chacabuco", Ritoque y Tres Álamos. El 12 de junio de 1975 expulsado al Reino Unido donde reside hasta el día de hoy junto a su conyuge y sus tres hijas. El Sr. García Lucero ha recibido tres tipos de compensaciones monetarias bajo distintas leyes (Beneficio como exonerado político bajo la Ley Nº 19.234; Bono compensatorio extraordinario bajo la Ley Nº 20.134 y Bono único bajo la Ley Nº 19.992).

36 Corte IDH. Caso García Lucero y Otras vs. Chile, *op. cit.*, párr. 121.

37 Ibídem, párr. 122.

38 Ibídem, párr. 124.

jurídicos y sociales[39]. Concluye que el Estado es responsable por la violación a las garantías judiciales y a la protección judicial por la excesiva demora en iniciar una investigación,[40] y ordena una indemnización a favor de la víctima por el daño inmaterial ocasionado[41].

Esta decisión supone un importante desafío para Chile, que a partir de este caso debiera avanzar en proveer los recursos efectivos a las miles de víctimas calificadas como sobrevivientes de tortura.

LAS PERSONAS CONDENADAS POR VIOLACIONES SISTEMÁTICAS A LOS DERECHOS HUMANOS

Otro hecho que estuvo presente en el marco de los 40 años del golpe fue la decisión del Poder Ejecutivo de cerrar el penal Cordillera. El Presidente de la República, en septiembre de 2013, dio a conocer su decisión de cerrar el penal donde cumplían condena diez reclusos por violaciones a los derechos humanos, incluidos los más altos oficiales de la Dirección de Inteligencia Nacional –DINA–, los que fueron trasladados al centro penitenciario de Punta Peuco. El mandatario fundó esta decisión en tres principios: "la igualdad ante la ley, la seguridad de los internos, y el normal y más eficiente funcionamiento de Gendarmería" (TVN, 2013).

Días antes de esta decisión fue transmitida una entrevista televisiva a Manuel Contreras, exjefe de los Servicios de Seguridad de la Dictadura, y se difundió información sobre un "almuerzo de camaradería" que un grupo de exmilitares intentó organizar –en la misma cárcel– en honor al exbrigadier Miguel Krassnoff, quien cumple condena por más de 100 años (TVN, 2013). Ambos hechos pusieron de manifiesto las condiciones de privilegio de las que gozaban estos condenados, lo que contrasta con las inadmisibles condiciones carcelarias en las que vive el resto de la población penal del país.

El Estado tiene la obligación de garantizar la integridad de las personas que se encuentran bajo su control y sujeción. De esta manera, puede adoptar las medidas de segregación pertinentes respecto de delincuentes peligrosos o expuestos a represalias, pero ello no puede significar establecer situaciones de privilegio que vulneran el principio de igualdad en el tratamiento de los condenados.

Otro tema controversial ha sido la concesión de beneficios intrapenitenciarios a los condenados por violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, la posibilidad de aplicar atenuantes y beneficios respecto de condenados por estos crímenes es aceptada, a condición de que la sanción impuesta sea efectiva.

En esta materia, el INDH ha señalado que en mérito del derecho internacional, toda persona condenada por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos "tiene derecho a acceder a beneficios carcelarios, no obstante estos deben sujetarse a ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra aquel referido a que tratándose de condenas a presidio perpetuo debe haberse cumplido un tiempo de la pena no menor a 25 años para la revisión de la condena, y siempre que el condenado haya expresado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la investigación[42]" (INDH, 2012). Adicionalmente en la concesión de estos beneficios se deben cumplir los siguientes requisitos: en primer lugar, la existencia de control judicial. Los beneficios debieran estar regulados por ley y ser concedidos por un Tribunal y no constituir una facultad administrativa, que además es privativa del Jefe/a del respectivo establecimiento penitenciario. En segundo lugar, se debe garantizar la transparencia en el otorgamiento de los beneficios. En tercer lugar, se debe considerar en la adopción de la decisión la opinión de las víctimas. El INDH reitera la necesidad de profundizar este debate y de recoger la opinión de los familiares y víctimas de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, en la perspectiva de que las garantías de acceso a la justicia (investigación, determinación de responsabilidades penales y sanción proporcional y adecuada), entendidas como medidas de reparación integral y garantía de no repetición, se centren en las víctimas.

39 Corte IDH. Caso García Lucero y Otras vs. Chile, *op. cit.*, párr. 196.

40 Ibídem, Punto resolutivo Nº 2.

41 Ibídem, párr. 246.

42 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 110.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. (2005). *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.* Santiago.

cooperativa.cl. (4 de septiembre de 2013). cooperativa. Recuperado el 14 de noveimbre de 2013, de http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/asociacion-de-magistrados-pidio-perdon-por-sus-omisiones-en-dictadura/2013-09-04/162949.html

Duffy, M. (2012). Obligación internacional de investigar y esclarecer violaciones de derechos humanos: una relectura del Caso Bulacio c/ Argentina y de su repercusión en el ámbito de la prescripción. En B. Assy, C. De Campos, & J. Gómez, *Derechos Humanos. Justicia, verdad y memoria* (págs. 291-305). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

INDH b. (11 de septiembre de 2013). *indh.cl.* Recuperado el 17 de noviembre de 2013, de Declaración pública Instituto Nacional de Derechos Humanos: a 40 años del golpe de Estado - See more at: http://www.indh.cl/declaracion-publica-instituto-nacional-de-derechos-humanos-a-40-anos-del-golpe-de-estado#sthash.unV3KjoC.dpuf: http://www.indh.cl/declaracion-publica-instituto-nacional-de-derechos-humanos-a-40-anos-del-golpe-de-estado

INDH. (en prensa). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en* Chile. Santiago.

La Tercera. (31 de agosto de 2013). tercera.com. Recuperado el 14 de noviembre de 2013, de http://www.latercera.com/noticia/politica/2013/08/674-540379-9-pinera-y-los-40-anos-del-golpe-hubo-muchos-que-fueron-complices-pasivos.shtml

Lauzán, S. (2012). Derecho de acceso a la información pública y derecho a la verdad en América Latina: convergencias y posibilidades. En B. Assy, C. De Campos, J. Dornelles, & J. Gomez, *Derechos Humanos. Justicia, verdad y memoria*. (págs. 341-362). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Nino, C. (1997). *Juicio al mal absoluto.* Buenos Aires: Emecé.

TVN. (26 de septiembre de 2013). *tvn.cl.* Recuperado el 15 de noviembre de 2013, de http://www.24horas.cl/nacional/pinera-anuncia-cierre-del-polemico-penal-cordillera--860953

RECOMENDACIONES





RECOMENDACIONES GENERALES

En cumplimiento de las facultades que otorga la Ley Nº 20.405, el INDH realiza recomendaciones generales para el resguardo y respeto de los derechos humanos (artículo 3), que complementan aquellas que se realizan en materias específicas para cada capítulo del presente Informe Anual 2013. Las recomendaciones se refieren solamente a aquellos ámbitos abordados en el presente informe o que están pendientes de años anteriores.

Estas recomendaciones generales están dirigidas a todos los poderes del Estado y hacen referencia a dimensiones transversales. Las mismas buscan contribuir a mejorar la efectividad de la acción estatal o bien a señalar su necesidad cuando esta no está presente, en materia de promoción y protección de los derechos humanos de acuerdo con los estándares.

1. **Producción de información pública.** Como ya se recomendó en años anteriores, la producción de información es el insumo sin el cual no es posible realizar diagnósticos y diseñar políticas públicas pertinentes. El INDH reitera su llamado a los poderes del Estado a generar información necesaria para evaluar la garantía de derechos humanos en el país, especialmente desagregada por raza o etnia, nacionalidad, religión o creencia, sexo, identidad de género, edad, discapacidad, entre otras.

2. **Ratificación de instrumentos internacionales pendientes.** El INDH recomienda al Estado preocuparse por la situación de Chile respecto de los tratados de derechos humanos pendientes de ratificación, tales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Pacto de San Salvador", el Protocolo Opcional de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, y el Protocolo Opcional Nº 3 a la Convención de los Derechos del Niño.

3. **Incrementar los canales institucionales de participación ciudadana.** El INDH reitera su recomendación en orden a incorporar instancias de participación ciudadana en los procesos de diseño, implementación y control de políticas, planes y programas tanto a nivel central, como regional y local, a los fines de brindar mayores oportunidades de intervención a la ciudadanía en los asuntos que les competen, contribuyendo a mejorar los resultados de la gestión, y fomentar mayores niveles de transparencia y control.

4. **Garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad en las diferentes regiones del país.** El INDH insta a los poderes del Estado a cumplir con el deber constitucional de garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación por parte de las personas que habitan el territorio.

5. **Fortalecer la fiscalización del Estado.** El INDH reitera su recomendación referida a fortalecer la fiscalización, especialmente en ámbitos donde la provisión de bienes

y servicios es llevada a cabo por privados, para garantizar que los mismos sean accesibles, asequibles, de calidad y provistos sin discriminación.

6. **Promover una cultura de derechos humanos.** El INDH reitera la recomendación a los tres poderes del Estado en orden a contribuir con una cultura de derechos humanos en el país, que a través de campañas públicas y otros instrumentos idóneos promueva su valor universal. En este ámbito debe también capacitar a funcionarios/as del Estado.

RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

El INDH recomienda a los poderes del Estado readecuar el diseño del sistema electoral binominal y el estatuto de partidos políticos para superar los obstáculos o barreras que dificultan una representación igualitaria de los diversos sectores de la sociedad.

Además, recomienda a todos los poderes del Estado cumplir la normativa vigente y generar mecanismos legales y administrativos que permitan a los grupos en condición de vulnerabilidad participar de la vida política del país, en condiciones de igualdad, y fortalecer su fiscalización.

TERRITORIOS Y DERECHOS HUMANOS

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo avanzar en la revisión de la institucionalidad y los procesos de descentralización de manera que las normas políticas y administrativas que regulan la organización del territorio nacional garanticen el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, sin perjuicio del lugar donde se habite.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo la revisión de la institucionalidad vigente de modo de asegurar que los beneficios del desarrollo se compartan de forma equitativa entre los distintos territorios del país.

AUTODETERMINACIÓN Y AUTOGOBIERNO INDÍGENA

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo avanzar en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, sus derechos y la condición pluricultural del Estado y la sociedad, según los estándares internacionales de derechos humanos.

REFORMAS JUDICIALES Y ACCESO A LA JUSTICIA

El INDH reitera la recomendación referida al deber de los órganos del Estado de garantizar la asistencia jurídica gratuita y de calidad para las personas que solicitan el amparo o la protección como forma de resguardar el acceso a la justicia.

En el marco del proyecto de ley que tiene como propósito modificar el Código Procesal Penal (Boletín N° 8810 – 07, también conocido como la "Reforma a la reforma procesal penal"), se recomienda a los poderes colegisladores respetar los estándares internacionales y garantizar que las propuestas no vulneren el derecho al debido proceso legal.

El INDH reitera su recomendación al Poder Ejecutivo y Legislativo, referida a reformar la justicia militar de manera de circunscribir la competencia de los juzgados militares al conocimiento de delitos cometidos por personal militar, en recintos militares, en cumplimiento de funciones militares y por delitos militares.

DERECHOS DE LOS Y LAS JÓVENES

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo el diseño de una política pública integral hacia la población joven que integre el esfuerzo de las entidades y reparticiones públicas involucradas o concernidas –como INJUV, SENAME y SERNAM, Ministerio de Salud y Ministerio de Educación, entre otros– reconociendo su condición de sujeto específico de derechos humanos, distinto de los/as niños/as y las personas adultas.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo la revisión de leyes, normas y reglamentos a efectos de establecer parámetros comunes en los grados de autonomía y responsabilidad que se le otorga a esta población y, en caso

de disposiciones contradictorias, favorecer una interpretación propersona.

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

En la misma línea de las recomendaciones hechas al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en sus Informes de años anteriores, el INDH reitera la necesidad de contar con una nueva legislación migratoria actualizada conforme a los estándares de derechos humanos en la materia. En tal perspectiva recomienda incorporar en el proyecto de ley en debate las modificaciones necesarias para cumplir con los compromisos internacionales y garantizar a la población migrante respeto y garantía de sus derechos humanos.

El INDH reitera al Poder Ejecutivo la necesidad de impulsar una fiscalización activa que prevenga la vulneración de derechos de la población migrante, en particular aquella que no tiene su situación migratoria regularizada. Especial atención debe darse a las relaciones laborales, así como al cumplimiento de las disposiciones en salud, educación y acceso a la justicia.

El INDH insta al Estado a reconocer la nacionalidad chilena a los/as niños/as nacidos/as en Chile, hijos/as de extranjeros en situación migratoria irregular, de acuerdo con lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes, y la propia legislación nacional.

DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS

Se insta al Poder Legislativo a adoptar las medidas legales necesarias para que, considerando los estándares internacionales, otorgue un efectivo reconocimiento a la identidad de su preferencia, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos, en particular, su derecho a participación.

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN SOCIAL

El INDH reitera la recomendación referida a que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo adopten una normativa y desarrollen una política pública integral, con recursos suficientes, para garantizar oportunidades de rehabilitación y reinserción de las personas privadas de libertad.

El INDH insta al Poder Ejecutivo a que la ejecución de dicha política pública integral contemple a toda la población penal, independiente de las penas que cumplen por los delitos cometidos, y considere la situación psicosocial de la persona privada de libertad.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile y el Ministerio de Educación, a garantizar el acceso efectivo a los programas para completar la formación educacional, factor clave para el desarrollo de una política integral de reinserción, y eliminar la variable de conducta como determinante para el acceso a estos programas.

PUEBLOS INDÍGENAS EN CONTEXTOS URBANOS

El INDH recomienda al Gobierno y a los órganos de administración del Estado promover e implementar políticas públicas tendientes a fortalecer y preservar la identidad cultural de los integrantes de pueblos indígenas en contexto urbano.

VIOLENCIA HACIA NIÑOS Y NIÑAS

El INDH reitera al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo la recomendación referida a adoptar una normativa y una política integral de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes acorde a los estándares de la Convención de los Derechos del Niño, que sirva de sustento para la organización de un sistema de promoción y protección integral de la niñez en el país y oriente la transformación del actual Servicio Nacional de Menores (SENAME).

El INDH insta al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial a proveer los recursos necesarios para la detección temprana, atención especializada, protección y reparación de los niños

y niñas víctimas de violencia, en cualquiera de sus formas y en todos los escenarios donde esta se presenta.

Además, solicita a todos los poderes del Estado aunar esfuerzos para la completa y eficaz implementación del Segundo Marco para la Acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, de modo de erradicar esta práctica en el país.

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial revisar en profundidad la respuesta de los servicios de atención y de los tribunales de justicia a la violencia contra las mujeres, para identificar los vacíos y omisiones que permiten la reiteración de las agresiones y el femicidio, y garantizar una mejor coordinación en la detección de hechos de violencia y la protección de las víctimas.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo el desarrollo de campañas públicas que fortalezcan la no tolerancia hacia la violencia contra las mujeres y el compromiso de la población en la erradicación de esta violación de los derechos de las mujeres.

Reitera la recomendación al Poder Ejecutivo, formulada en 2010, de redoblar los esfuerzos para erradicar la violencia contra las mujeres mediante, entre otras medidas, la inclusión del problema en el currículo escolar y la capacitación a funcionarios/as públicos competentes en la materia fundamentalmente del Poder Judicial y del Ministerio Público.

TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES

El INDH recomienda al Poder Legislativo adecuar la normativa interna con el objeto de tipificar y sancionar el crimen de tortura de conformidad a la Convención contra la Tortura.

El INDH recomienda al Estado reforzar la prevención en relación con actos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes mediante la creación del Mecanismo Nacional de Prevención Contra la Tortura, con las facultades y el financiamiento necesario de acuerdo con los estándares establecidos en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y directrices del Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT).

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo introducir modificaciones a los Reglamentos de disciplina internos de las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley (Carabineros, Gendarmería, Policía de Investigaciones y las Fuerzas Armadas cuando corresponda) de manera de garantizar la rendición de cuentas e investigaciones internas eficaces e imparciales ante hechos y denuncias de atentados a la integridad física y psíquica de las personas.

DERECHO AL AGUA

El INDH recomienda al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo revisar la normativa interna con el objeto de garantizar el acceso al agua en condiciones de igualdad y no discriminación.

Al mismo tiempo, el INDH insta a fiscalizar de forma adecuada y suficiente el cumplimiento de la normativa por parte de los diversos actores, para prevenir y sancionar los abusos, cuando corresponda.

DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA

El INDH reitera a los poderes del Estado la necesidad de reconocer el derecho a una vivienda adecuada de acuerdo con los estándares internacionales en derechos humanos.

Reitera además la recomendación en orden a que el Poder Ejecutivo adecue las bases de su política habitacional, de modo que garantice a todas las personas el acceso a una vivienda adecuada, incluyendo los atributos de seguridad de la tenencia, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, ubicación, adecuación cultural y disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura.

En atención a la reciente promulgación de la Política Nacional de Desarrollo Urbano, se recomienda al Poder Ejecutivo que las modificaciones normativas e institucionales derivadas de su implementación, aseguren a la población que vive en la actualidad en asentamientos precarios la mejora de su situación habitacional, de acuerdo con estándares internacionales.

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

El INDH recomienda al Estado, en particular al poder Ejecutivo, revisar las políticas y prácticas vigentes sobre la actividad empresarial y los derechos humanos según los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, teniendo para ello presente sus tres pilares de los Principios: deber del Estado de proteger, responsabilidad empresarial de respetar y acceso a mecanismos de reparación.

Recomienda a los poderes colegisladores revisar el marco jurídico y reglamentario en la esfera de las empresas y los derechos humanos, identificando vacíos y promoviendo reformas para asegurar la debida protección de los derechos humanos en el marco de la actividad empresarial.

El INDH insta a las empresas públicas y considera como buena práctica que las empresas privadas asuman, dentro de sus políticas corporativas, los principios sobre diligencia debida de respeto a los derechos humanos.

DERECHO A LA EDUCACIÓN DE CALIDAD

El INDH recomienda a los poderes colegisladores dotar de competencias efectivas a la institucionalidad responsable del sector, para fiscalizar la calidad de la educación en todos los niveles y modalidades del sistema formal, con indicadores que permitan evaluar el cumplimiento de los propósitos de la educación.

El INDH recomienda al Estado adoptar los mecanismos para restituir y reparar oportunamente el derecho a una educación de calidad a los y las afectadas por su vulneración, de acuerdo con los estándares de derechos humanos.

El INDH recomienda perfeccionar los resguardos jurídicos de la educación en todos los niveles y modalidades del sistema de educación formal, en particular en la educación parvularia y superior.

DERECHOS HUMANOS EN EL TRATAMIENTO DE LA NOTICIA

El INDH recomienda al Consejo Nacional de Televisión desarrollar pautas específicas para evaluar la forma en que los temas vinculados a derechos humanos son cubiertos por la televisión abierta.

El INDH alienta a los medios masivos de comunicación y a las instituciones que los agrupan a fortalecer buenas prácticas orientadas al respeto de la dignidad y los derechos de las personas, contribuyendo a una educación y cultura de derechos humanos.

VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS A LOS DERECHOS HUMANOS

El INDH reitera la recomendación al Poder Ejecutivo y Legislativo adecuar el ordenamiento jurídico interno a los fines de dar cumplimiento a la sentencia dictada por la Corte IDH, en el caso Almonacid Arellano, privando de todo efecto jurídico al Decreto Ley 2191 de Amnistía.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y Judicial garantizar el acceso a la justicia a las víctimas y familiares de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, proporcionando una respuesta judicial eficiente y eficaz, en tiempos razonables.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo crear una instancia permanente de acreditación de personas víctimas de violaciones sistemáticas a los derechos humanos para garantizar el derecho a la reparación integral.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y Judicial dar cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH en el caso García Lucero, proveyendo de la asistencia social y jurídica a las víctimas sobrevivientes de tortura, poniendo en conocimiento de los tribunales de justicia todos los antecedentes que obren en poder de la administración.

INFORME DE GESTIÓN



Fotografía: Enrique Cerda



INFORME DE GESTIÓN

FIN DEL PRIMER CICLO DE INSTALACIÓN Y POSICIONAMIENTO

El año 2013 fue clave para el INDH. En efecto, en julio culminaron los tres años que marcaron el primer ciclo de instalación y posicionamiento, al tiempo que comenzó la segunda etapa de desarrollo institucional. A partir de este hito, en las páginas siguientes –como se ha realizado cada año– se rinde cuentas respecto de los distintos ámbitos de la gestión del INDH en la labor de promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habitan en el territorio nacional.

En julio de 2010, junto con constituirse el Consejo y elegir a la primera Directora, el INDH comenzó a funcionar con miras a la preparación del primer "Informe Anual: situación de los derechos humanos en Chile". Desde ese momento el INDH se ha desarrollado bajo una gestión estratégica orientada a potenciar el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos humanos, logrando la consolidación de una institución inédita en nuestro país y cuya creación constituyó un hito clave como parte de una política nacional mediante la cual el Estado de Chile avanzó en su deber de respetar y garantizar los derechos fundamentales.

El proceso de desarrollo institucional delineado por la Dirección y el Consejo del INDH ha tenido como referencias fundamentales, por una parte, los Principios de París, que establecen los estándares y lineamientos a los cuales este tipo de instituciones debe acogerse. Por otra parte, la ley nacional (Ley Nº 20.405), que crea el INDH, fija su mandato institucional así como el conjunto de funciones que debe cumplir. Articulando ambos marcos normativos se definió el modelo y el plan de desarrollo institucional que ha guiado el recorrido del INDH en sus tres años de existencia y que se sintetiza en la siguiente figura:



Para llevar a cabo el plan de desarrollo institucional se optó por un modelo de gestión estratégica que plasmara la forma en que la Dirección y el Consejo concebían el mandato institucional. Así, se diseñaron las definiciones estratégicas (visión, misión y objetivos estratégicos) y operativas (unidades ejecutoras, programas, líneas de trabajo, productos) bajo un esquema de funcionamiento matricial, es decir, una lógica de programas y unidades ejecutoras, lo que ha permitido responder de manera oportuna y con una estructura organizacional flexible a un entorno exigente y complejo[1].

El modelo de funcionamiento instalado estuvo inspirado en una imagen institucional que buscaba materializar una serie de rasgos a ser reconocidos, tanto desde el interior de la institución, como en el espíritu que esta proyecta hacia el medio externo. Dichos rasgos se basan en referentes como la noción de derechos humanos así como en los atributos exigidos a las instituciones nacionales de promoción y defensa de los derechos humanos establecidos en los Principios de París. El sello distintivo del INDH que se buscó plasmar consideró los siguientes rasgos:

- Pluralismo: incorporación de distintas visiones y sensibilidades –enmarcadas en el respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos– existentes respecto de los derechos humanos.
- Imparcialidad y rigurosidad: imparcialidad frente a problemáticas y situaciones que se abordan así como rigurosidad en la obtención, elaboración y análisis de la información.
- Autonomía: en sus factores estructurales y de recursos así como en su conducta como institución autónoma e independiente.
- Actor influyente: efectiva capacidad de influencia en el medio a partir de sus facultades legales, esto tanto a nivel institucional como para con la ciudadanía.
- Principio de gradualidad: principio que orienta las intervenciones del INDH con miras a propiciar cambios o fortalecimientos de roles de instituciones o actores.

1 INDH; Desarrollo institucional y gestión estratégica 2010-2013, pág. 12, Santiago, 2013.

La imagen institucional consolidada a partir de estos elementos fue clave para el posicionamiento del INDH como actor reconocido y validado tanto por las instituciones con las que tiene la obligación de colaborar así como con el amplio espectro de instituciones con las que el INDH interactúa en el marco del cumplimiento de su mandato. Dichos rasgos también fueron fundamentales para que el INDH se posicionara y legitimara frente a la ciudadanía.

El modelo de desarrollo institucional y gestión estratégica esbozado propició la consecución de un conjunto de logros que han posicionado al Instituto como un referente importante en materia de derechos humanos, permitiendo desplegar acciones de incidencia en las diversas temáticas que aborda, en el marco de sus funciones y ámbitos de acción. Este posicionamiento se vio reflejado, recientemente, en los resultados de la 2ª Encuesta Nacional de Derechos Humanos que arrojó un 57% de conocimiento del INDH por parte de la ciudadanía a nivel nacional a solo tres años de su creación.

LOGROS ESTRATÉGICOS PRIMERA ETAPA (2010-2013)

En términos de sus funciones y posicionamiento institucional, los esfuerzos del INDH se dirigieron a propiciar –en el marco de su independencia– relaciones institucionales con los distintos poderes del Estado de forma de cumplir de manera adecuada con las funciones que establece su mandato, esto es, funciones judiciales, de observancia, de asistencia y colaboración, de incidencia, de educación y de promoción de la memoria histórica. Ello implica contribuir a que los órganos respectivos del Estado adopten las medidas legislativas, administrativas y prácticas apropiadas para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales en nuestro país.

Respecto del Poder Ejecutivo, el INDH ha desempeñado un rol de asistencia y colaboración sistemática, contribuyendo desde su área de experticia al desarrollo de una serie de iniciativas orientadas a fortalecer el trabajo en materia de derechos humanos. Esto se ha traducido en acciones como el asesoramiento al Gobierno de Chile en su relación con organismos internacionales vinculados a derechos humanos (por ejemplo, ante comités especializados de la ONU y de la OEA) y al trabajo bilateral de Chile con otros gobiernos. Otro aspecto tiene que ver con la formación dirigida a funcionarios/as de distintos servicios y reparticiones del Ejecutivo, en el marco de la promoción y defensa de los derechos humanos en el aparato público. Al mismo tiempo se han desarrollado instancias y comisiones de carácter interinstitucional, en las que se ha trabajado en forma permanente con, por ejemplo, organismos como el Ministerio del Interior ("Mesa sobre Trata de Personas") o el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS).

Respecto del Poder Legislativo, cabe señalar que el INDH debe contribuir a que la legislación nacional esté alineada con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, junto con velar por su aplicación efectiva, aspectos para los cuales resulta fundamental el desarrollo de una relación estrecha con el Parlamento en la que se distinguen distintas formas de interacción. En tal sentido se han establecido instancias de trabajo en las que el INDH aporta su perspectiva en relación con los proyectos de ley en tramitación en el Congreso que tengan implicancia directa o indirecta en el campo de los derechos humanos. Para ello, el INDH ha participado en las distintas Comisiones Legislativas de ambas cámaras, presentando su opinión jurídica a través de informes y minutas, y de la presencia y participación en audiencias de sus funcionarios/as y/o consejeros/as. Junto con ello, el INDH ha mantenido un diálogo permanente con las diferentes bancadas parlamentarias y ha realizado reuniones periódicas con distintos actores legislativos con miras a propiciar la incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos en los procesos de debate y tramitación de las leyes. Adicionalmente, el INDH ha realizado estudios permanentes respecto de la legislación nacional vigente, identificando y priorizando aspectos susceptibles de modificación o mejora tendientes a la protección y promoción de los derechos fundamentales.

En la relación del INDH con el Poder Judicial se pueden distinguir distintos niveles según el propósito del vínculo y el rol que debe adoptar el Instituto. Por una parte, se han establecido de modo formal mecanismos para la incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos relacionados con la actuación y procedimientos judiciales

que son llevados a cabo en los Tribunales. Un ejemplo es la figura del *amicus curiae,* que permite *'…proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia'* (Bazon, citado en Defensoría del Pueblo, 2009, pág. 18). Asimismo, y en atención al mandato institucional asociado a la protección de los derechos humanos, el INDH ha jugado un rol activo mediante la presentación de distintas acciones judiciales (querellas, recursos de amparo y recursos de protección) en orden a hacer efectiva la armonización del derecho chileno con el derecho internacional. Otro nivel de interacción se asocia a la promoción y educación en derechos humanos mediante la realización de una serie de actividades formativas dirigidas a miembros del Poder Judicial.

En el marco de las relaciones con los poderes del Estado, el INDH ha desplegado sus funciones de informar; realizar recomendaciones; comunicar su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos; solicitar información; proponer medidas a los órganos del Estado; promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos; deducir acciones legales ante los tribunales del país y recopilar, analizar, sistematizar y custodiar información; impulsar, coordinar y difundir acciones de orden cultural y simbólico destinadas a complementar el respeto a los derechos humanos, a reivindicar a las víctimas y a preservar su memoria histórica. No obstante, no solo se ha trabajado con los poderes del Estado, sino que en directa relación con organismos internacionales y con las organizaciones de la sociedad civil.

En el ámbito de las relaciones internacionales, a la luz del artículo 3, número 7 de la Ley N° 20.405, que señala el deber del INDH de colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar a los órganos y comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos (OEA) así como de las demás instituciones regionales, se ha desarrollado un trabajo permanente de fortalecimiento de las relaciones con las delegaciones diplomáticas y vínculos con organismos internacionales a través de acciones mutuas de colaboración e intercambio, que se han materializado en apoyo y patrocinio a actividades institucionales así como en el intercambio de información permanente con los órganos de supervisión de derechos humanos. Ello ha permitido no solo potenciar la labor del INDH a nivel nacional, sino que establecer alianzas estratégicas a nivel internacional como, por ejemplo, el convenio de colaboración con el INDH de Uruguay.

Respecto de la sociedad civil, el INDH ha brindado patrocinio a proyectos o actividades de las organizaciones, como parte del trabajo de reforzamiento de estas, en la medida en que se refirieran siempre y de manera explícita a la protección, promoción y defensa de los derechos humanos. Por otra parte, el INDH ha difundido material de educación y promoción de los derechos humanos a lo largo de todo Chile, mediante de un proceso de focalización y difusión del material institucional que considera la diversidad de las organizaciones, que han sido clave para llegar a un amplio público a la vez que garantizar su pertinencia. Asimismo, el INDH ha trabajado en la diversificación y ampliación del registro de instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos que establece la ley[2], con el objeto de que este reflejara la variedad de organizaciones y temáticas que incorpora la agenda de derechos humanos hoy, además de las preocupaciones históricas en relación con las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas durante la dictadura. Por último, en el marco del establecimiento de relaciones estratégicas con las organizaciones sociales, se llevó a cabo a lo largo de todo Chile un proceso participativo de elaboración de agendas regionales de derechos humanos, proceso en el que el INDH prestó asistencia técnica y desplegó un rol de colaboración.

Este conjunto de logros obtenidos en términos de posicionamiento como referente ante los órganos del Estado, la ciudadanía y los órganos internacionales le han valido al INDH una valoración de su labor tanto a nivel nacional como internacional. Prueba de ello es la acreditación conferida al INDH (máxima calificación con acreditación de clase A) por parte del Comité Internacional de Coordinación de

2 La Ley Nº 20.405, que rige al INDH, establece la existencia de un registro de instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos, que el INDH debe mantener actualizado.

las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (CIC), perteneciente a la Organización de Naciones Unidas o la distinción como Institución de Excelencia que le otorgó al INDH, en diciembre de 2012, el Colegio de Administradores Públicos de Chile.

En términos de desarrollo institucional valga señalar la instalación y despliegue de mecanismos de planificación anual y monitoreo cuatrimestral así como una ejecución presupuestaria ejemplar que para el primer trienio exhibió un promedio de 99,8% de ejecución. También destaca el uso de prácticas y herramientas de trabajo colaborativo.

El fin de esta primera etapa estuvo marcado por importantes hitos para el INDH. En primer lugar, en el mes de julio de 2013, junto con cumplirse el primer ciclo trianual, se constituyó el nuevo Consejo, asumiendo sus funciones la consejera Consuelo Contreras y los consejeros José Aylwin, Carlos Frontaura y Sebastián Donoso, además de Carolina Carrera y Miguel Luis Amunátegui –quienes fueron confirmados como parte del Consejo por decisión del Congreso Nacional–. En la oportunidad el nuevo Consejo reeligió a Lorena Fries como directora para el periodo 2013-2016, marcando el comienzo de una nueva etapa estratégica luego de un primer momento fundacional.

Este cierre de etapa permitió una primera sistematización en torno al modelo de desarrollo institucional y gestión estratégica sostenido en el período y la proyección de dicha gestión para los próximos tres años, cuestión que se expresó en una publicación[3] que permite además fijar una línea base para evaluar en términos de gestión estratégica la etapa que viene. En efecto, a tres años de existencia y funcionamiento del INDH, se ha logrado instalar y desplegar un conjunto de acciones ("productos") que se inscriben en procesos de planificación estratégica que, sobre ejes de desarrollo fundados en diagnósticos acerca de los principales problemas de derechos humanos del país, han dado sentido y coherencia a los planes de trabajo en el amplio espectro de los derechos humanos. A ello se suma la existencia de sistemas de control de gestión (auditorías externas, informes cuatrimestrales y procesos de control internos establecidos) y las instancias colectivas de evaluación y seguimiento de los programas, además de un proceso público y transparente en el reemplazo parcial del Consejo del INDH, que en conjunto dan cuenta de una relativa madurez institucional y permiten en la actualidad hacer los ajustes necesarios derivados de los obstáculos y falencias constatadas.

DESAFÍOS Y DEFINICIONES SEGUNDA ETAPA (2013-2016)

Al haber recorrido con éxito la primera parte del camino, logrando la efectiva consolidación de la institución y habiendo terminado el proceso de renovación del Consejo, el INDH ha procedido a actualizar su planificación estratégica, que había cumplido su horizonte temporal de ejecución. No se trató de un proceso fundacional sino que, después de tres años de funcionamiento, era momento de revisar los componentes estratégicos del INDH para abordar la próxima etapa y sus desafíos en concordancia con su desarrollo organizacional. Como resultado de ello, el INDH ajustó su "visión" y "objetivos estratégicos" como sigue:

- Visión: *"El INDH contribuye de manera relevante a la protección y a la promoción de una cultura de derechos humanos a través de informes, declaraciones y recomendaciones que gozan de credibilidad ante la comunidad y los poderes del Estado en virtud de su consistencia, rigor y veracidad. Realiza la totalidad de sus acciones de manera autónoma, independiente y pluralista"*.
- Objetivo estratégico Nº 1 ajustado: *"Integrar en su actuar diversas perspectivas vinculadas a los derechos humanos en tanto universales, indivisibles e interdependientes"*.
- Objetivo estratégico Nº 4 ajustado *"Asesorar y cooperar con organismos públicos y de la sociedad civil, nacionales e internacionales, en la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos"*.

3 La publicación "Desarrollo Institucional y Gestión Estratégica 2010-2013" se encuentra disponible en su versión digital en http://bibliotecadigital.indh.cl/. La versión en papel está disponible en el Centro de Documentación del INDH y puede ser solicitada al correo electrónico oirs@indh.cl

SELLO 2013: 40 AÑOS DEL GOLPE CÍVICO-MILITAR

Para el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el 2013 era un año importante no solo por ser el tercero desde su inicio de funciones, sino por los 40 años del golpe cívico-militar que se cumplieron el 11 de septiembre. Por ello, durante la planificación se puso énfasis en abordar esta conmemoración desde las distintas áreas de trabajo, siempre con el objeto de dar cumplimiento a su mandato legal de impulsar la construcción de una cultura que reconozca y promueva el respeto de los derechos humanos en todos los ámbitos de la vida nacional. En ese marco, el INDH realizó una serie de actividades cuyo objetivo fue establecer un vínculo que relevara la memoria histórica nacional, para entender el presente y asegurar así que las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en dictadura no se vuelvan a repetir. Las actividades conmemorativas comenzaron en marzo, con el Día Internacional de la Mujer, evento realizado en los patios del Estadio Nacional junto al Regional Metropolitano de Ex-Presas y Presos Políticos y a Corporación Humanas. En dicha oportunidad se rindió homenaje a la profesora Viola Soto, trabajadora por la educación democrática en Chile. También se llevó a cabo la conferencia "Crímenes de Lesa Humanidad: aspectos problemáticos" del experto en derecho penal internacional, Kai Ambos, en el marco de una actividad académica organizada por el INDH y el Instituto de Estudios Judiciales, que fue encabezada por el Ministro de la Corte Suprema, Haroldo Brito; el Defensor Nacional, Georgy Schubert, y la Directora del INDH, Lorena Fries. Entre mayo y julio estuvo abierta la convocatoria de la segunda versión del Concurso Nacional Arte y Derechos Humanos, que tuvo como lema "Memoria, participación y democracia", con el objeto de invitar a reflexionar sobre la conmemoración de los 40 años del golpe de Estado, mediante trabajos en las categorías Cuento, Afiche, Fotografía y Micrometraje. Desde el 26 de agosto y hasta el 13 de septiembre se realizó la "Semana de la Memoria y los Derechos Humanos" en cinco ciudades de Chile: Antofagasta, La Serena, Santiago, Concepción y Valdivia, que contempló la exhibición de una serie de documentales vinculados a episodios de la dictadura y la exposición "Imágenes de la Memoria", del destacado fotógrafo nacional Luis Navarro Vega, quien a partir de su trabajo para la Vicaría de la Solidaridad retrató momentos históricos que marcaron la defensa de los derechos humanos contra las violaciones que ocurrían en la época. El día 11 de septiembre se publicó en el diario *La Segunda* una declaración pública del Consejo INDH instando a perseverar en los objetivos de verdad y justicia. Para finalizar las actividades conmemorativas, el 24 de septiembre, el INDH junto al Centro Cultural Estación Mapocho organizó la cátedra "Memoria y Literatura, a 40 años del Golpe de Estado en Chile", en la que Almudena Grandes, escritora e historiadora española, compartió su trabajo literario gracias al cual ha rescatado la memoria histórica de su país, permitiendo a sus lectores y lectoras acercarse al pasado reciente y, a través de la recuperación de lo ocurrido –luego de años de cultura del silencio– contribuir a reparar a las familias de las víctimas y a la sociedad española en su conjunto.

RENDICIÓN DE CUENTAS 2013 POR PROGRAMA

PROGRAMA DE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Definición general:

El Programa de educación en derechos humanos busca promover la enseñanza formal, informal y no formal de los DDHH. Ello involucra el trabajo en todos los niveles del sistema educacional, en las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública, como la promoción de los derechos en los grupos vulnerados y la ciudadanía en general. De este modo se impulsa el desarrollo de investigaciones, estudios y publicaciones en materia de educación, formación y capacitación; la organización del otorgamiento de premios e implementación de la política de patrocinios de actos y eventos relativos a estas materias, la elaboración de materiales pedagógicos y comunicables para el conocimiento y ejercicio de derechos e implementación de redes de colaboración con universidades y organismos públicos para el desarrollo de programas en el ámbito de la educación, formación y capacitación.

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Desarrollo de cinco cursos de postítulo en Derechos Humanos con distintas universidades	• Diploma b-learning, para funcionarios públicos: entre julio y octubre se realizó, en conjunto con la U. de Chile, la tercera versión del Diplomado Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la participación de 34 personas provenientes de un variado conjunto de instituciones, como el M. del Interior, M. de Salud, M. de Desarrollo Social, Servicio Nacional de la Mujer, M. de Justicia, M. del Medioambiente, M. Secretaría General de Gobierno, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Consejo para la Transparencia, Senado, Defensoría Penal Pública, Centro de Medidas Cautelares de Santiago, Cortes de Apelaciones, FF.AA., Carabineros, Ejército, Policía de Investigaciones, Gendarmería, U. de Playa Ancha, U. de La Frontera, U. del Biobío. • Postítulo de Educación en Derechos humanos para docentes y educadores: en conjunto con la U. de Playa Ancha, se realizó durante noviembre y diciembre el postítulo de educación en derechos humanos con la participación de 25 personas. • Postítulo sobre Defensores y Exigibilidad de Derechos Humanos para sociedad civil: en conjunto con la U. de Concepción se realizó durante noviembre el curso de 40 horas con la participación de 30 defensores y defensoras de derechos humanos. • Postítulo y cursos de especialización Gendarmería: se realizó entre junio y agosto. En su fase presencial se realizaron tres encuentros zonales en Iquique, Santiago y Valdivia. En el diplomado participaron 30 oficiales, en el curso de especialización 201 monitores de derechos humanos (tres por cada unidad penitenciaria) * El curso de formación sobre el acceso a la justicia de mujeres indígenas se encuentra reseñado en la página siguiente.
Fortalecimiento de Capacitación en Derechos Humanos para funcionarios/as PDI	Se cuenta con la traducción del Manual "directrices de EDH para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" en su versión digital.
Desarrollo de planes de trabajo con universidades	Fueron formalizados convenios con las Universidades de Playa Ancha, Concepción y Antofagasta. Se renovó el convenio con la Universidad Cardenal Raúl Silva Henríquez, entregando un lugar institucional al trabajo en DD.HH. Adicionalmente se fortalecieron o entablaron lazos con otras universidades de Santiago y Regiones: U. Diego Portales, U. de Magallanes, U. de la Serena, U. Alberto Hurtado, U. Academia de Humanismo Cristiano, U. ARCIS, U. de Talca y U. de Atacama. Se avanzó en: • Conformación del Grupo de Trabajo sobre curso básico de derechos humanos para universidades e inicio de la propuesta; Apoyo a la gestión de dos nuevos diplomados (UDEC y UPLA) y sugerencias al diseño de otros dos (UCSC y ARCIS); Apoyo a la realización de Semanas de la Memoria en regiones con participación en foros y clases y entrega de materiales educativos a autoridades, académicos/as y estudiantes universitarios (UDEC, UPLA, U. Biobío, U. Central y UFRO; Colaboración en proyectos de investigación (U. Chile y UC) y acuerdos para nuevas colaboraciones (CEPPE, U. Talca); Gestión de patrocinio a actividades académicas (Fac. Derecho U. de Chile, U. La Serena y U. Atacama).
Revisión de la integración de la EDH en la propuesta de reforma curricular	Se solicitó información, vía oficio, tanto al Mineduc –con oficios de reinsistencia– como al Consejo Nacional de Educación. Se revisó información pública sobre estándares de aprendizaje recientemente aprobados y su cobertura de aspectos de Educación en Derechos Humanos.
Ayudar a impulsar y sostener la Red de educadores en derechos humanos	El primer encuentro de la red se realizó el día 25 de enero, en mayo se implementó en la Región Metropolitana el segundo encuentro, y el tercer encuentro en diciembre. En la red participan equipos institucionales de Educación en derechos humanos (EDH) de 18 instituciones (universidades, fundaciones, corporaciones, PDI y Gendarmería). En términos de lo realizado: la red se pronunció sobre las bases curriculares enviando la información al MINEDUC y se conformó un grupo de trabajo que está elaborando una propuesta base de curso de derechos humanos.
Realización de un curso de formación sobre el acceso a la justicia de mujeres indígenas en Chile, dirigido a jueces/zas en el país	El curso se desarrolló, en alianza con el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, entre el 27 de mayo y el 26 de julio de 2013 y se realizó en dos fases: una a distancia (siete semanas), mediante una plataforma de enseñanza a distancia especialmente diseñada para estos efectos y otra de carácter presencial (una semana), en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Participaron un total de 27 personas: 19 juezas y 8 jueces. El curso tuvo como propósito que los/las participantes integren en su práctica e interpretación judicial el marco normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a mujeres indígenas y reconozcan las particularidades propias de este grupo, de manera que puedan otorgar medidas compatibles con los estándares internacionales en la materia.

PROGRAMA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Definición general:

El Programa se orienta a diagnosticar situaciones particulares de discriminación y promover acciones educativas, legislativas y de política pública, así como promover valores y una cultura de respeto a la diversidad y la diferencia. Ello tanto a nivel de la ciudadanía en general como de grupos particulares, para lo que se desarrollan acciones de sensibilización y difusión de temáticas clave de modo de acercar los derechos humanos a la ciudadanía promoviendo su exigibilidad.

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Realización 2ª versión Concurso "Cuenta tu tesis en derechos humanos"	La segunda versión de este concurso recibió 85 postulaciones, de las cuales: un 66% corresponde a mujeres; en mayor número se presentan estudiantes de la U. de Chile, U. Alberto Hurtado y U. de Concepción; provienen principalmente de las carreras de derecho, sociología y periodismo; un 25% de las postulaciones provienen de regiones. El jurado estuvo compuesto por los/as siguientes miembros: Pilar Rodríguez Birrell, Cecilia Medina Quiroga, Carolina Carrera Ferrer, Manuel Núñez Poblete, Alejandro Guajardo Córdova y Marcelo López Campillay. El primer lugar lo obtuvo: "Análisis del significado de las ocupaciones atribuidas a ser mujer y madre para un grupo de mujeres con discapacidad intelectual en la ciudad de Punta Arenas", de las tesistas Dehays Pinochet, Hichins Arismendi y Vidal Castillo, de la carrera Terapia Ocupacional de la Universidad de Magallanes, disponible en www.indh.cl
Elaboración y ejecución de un plan para la aplicación de materiales didácticos y de promoción de la educación en derechos humanos	Se realizaron un total de 17 jornadas, en 7 regiones diferentes: 7 en la Región Metropolitana; 2 en la Región de Valparaíso; 2 en la Región del Biobío; 3 en la Región de Los Lagos; 1 en la Región de Los Ríos; 1 en la Región de la Araucanía; 1 en la Región de Coquimbo, con un total aproximado de 1.300 asistentes, en su mayoría docentes de Educación Básica, Media y Superior; estudiantes de pedagogías y otros/as profesionales del área social. Por otro lado, como parte de la estrategia de entregar recursos didácticos co n una capacitación e introducción a la educación en derechos humanos se distribuyeron a lo largo del país: 2.100 Informes de Derechos Humanos para Estudiantes, 1.900 Manuales Ideas para Introducir los Derechos Humanos en el Aula y 1.600 fascículos de 8 temas diferentes de la serie Recordar y Conversar para un Nunca Más.
Optimización del sitio web Defensores de DDHH en la Historia de Chile	Se mejoraron los textos biográficos y se optimizó la navegabilidad y accesibilidad web. El sitio está disponible para ser consultado directamente en la dirección: http://defensoresydefensoras.indh.cl o en el sitio web institucional www.indh.cl
Desarrollo de una estrategia integral de promoción	Se elabora una primera propuesta general que está en revisión y profundización teórico-metodológica.
Realización del Seminario Internacional sobre Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad	El seminario "Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la desigualdad" se realizó en la sede de la CEPAL los días 12 y 13 de junio con la asistencia de más de 150 personas, destacando la participación de representantes de la sociedad civil y de la academia. La actividad tuvo entre sus principales invitados/as a la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda.
Elaboración de cartilla sobre derechos humanos de las personas adultas mayores viviendo en ELEAM y diagramación, impresión y difusión de cuatro cartillas sobre derechos de personas privadas de libertad y derechos de funcionarios/as de gendarmería.	La cartilla sobre "derechos de las personas mayores y buen trato en los Establecimientos de Larga Estadía" fue diseñada e impresa encontrándose disponible en el link: http://bibliotecadigital.indh.cl .Si bien esta cartilla se realizaría en conjunto con el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA) finalmente este declinó participar. También se elaboraron e imprimieron las siguientes cartillas: "Prevención de la tortura en cárceles"; "Beneficios y Medidas alternativas o penas sustitutivas al cumplimiento de la pena"; "Derechos de las personas privadas de libertad", y "Derechos de los funcionarios y funcionarias de Gendarmería".

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Realización de la 2ª Encuesta Nacional de Derechos Humanos	Se elaboró el instrumento, se realizó el pretest y el trabajo de campo. La encuesta fue licitada y adjudicada a la consultora Demoscópica siendo entregados los resultados en octubre y su lanzamiento a la opinión pública en diciembre.
Desarrollo de ronda de conversaciones con funcionarios/as públicos para difundir Informe Anual 2012 y hacer seguimiento de las recomendaciones de los Informes Anuales anteriores	Se definió la lista de reparticiones públicas a visitar de acuerdo a las recomendaciones del IA 2012 y los requerimientos de información del IA 2013, sosteniendo reuniones con Gendarmería y el Ministerio de Salud al tiempo que se solicitaron una serie de reuniones con otros servicios. En el marco del trabajo de promoción de los derechos humanos en regiones también ha realizado la difusión del Informe Anual y sus recomendaciones.
Realización de la 2ª versión del Concurso Arte y Derechos Humanos: mis imágenes, mis palabras	Con énfasis en los 40 años del golpe de Estado se realizó, en conjunto con ACNUDH y el Museo de la Memoria y los derechos humanos, la segunda versión del "Concurso Nacional Arte y Derechos Humanos 2013: memoria, participación, democracia". Se recibieron 250 postulaciones en las categorías de cuento, afiche, fotografía y micrometraje, duplicando la participación del año 2012. La premiación se realizó el día 4 de septiembre ante un público de 200 personas. La publicación que recoge esta experiencia y las obras ganadoras se encuentra disponible en http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/592
Elaboración de un cuadernillo de la serie "temas emergentes en DDHH" 2013	A partir del índice aprobado por el equipo INDH, el cuadernillo sobre Derechos Humanos e Internet fue elaborado según el trabajo realizado por el consultor Eduardo Bertoni y se encuentra publicado y disponible en la biblioteca digital del INDH.
Tercer número Boletín de jurisprudencia	Se elaboró e imprimió el tercer boletín de jurisprudencia, el que recopiló las sentencias relevantes en materia de derechos humanos.
Campaña de promoción de la participación ciudadana en los procesos eleccionarios 2013	Con el objeto de promover la participación ciudadana en año electoral, se preparó la campaña "Participar es un derecho" que apela a crear conciencia de que mejorar la democracia depende de cada persona y por ende, llama a participar, organizarse, opinar, fiscalizar, representar y, –si se quiere– votar. La campaña, se basó en un video viral, su difusión en redes sociales y un minisitio web http://www.indh.cl/participaresunderecho/
Puesta en marcha y consolidación de CEDOC-INDH	Se realizó la licitación de compra de bibliográfica especializada en derechos humanos, recepción e ingreso al registro institucional de publicaciones recibidas (180 títulos –incluye títulos de licitación y donaciones–), clasificación de fondos bibliográficos, supervisión de implementación del catálogo institucional, ingreso de publicaciones al catálogo institucional, coordinación de comité de publicaciones, envío de publicaciones y cartilla a instituciones externas (cartillas de presentación del INDH y en particular sobre migrantes para instituciones de salud, Set de publicaciones INDH para bibliotecas gubernamentales y universitarias).

PROGRAMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

Definición general:

El objetivo del programa es identificar los principales problemas en materia de garantías del debido proceso y tutela efectiva de derechos, identificar casos de violación a los derechos humanos y juicios de alta relevancia pública y establecer mecanismos de observación o veedurías del debido proceso. Asimismo, busca contribuir a la incorporación de estándares internacionales en el sistema de administración de justicia (laboral, familia, penal) y en general frente en los operadores de justicia.

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Elaboración de Minutas, Informes en Derecho y *Amicus Curiae*	Se trabajó en los siguientes *amicus curiae:* se presentó un *amicus* en el caso de la Red de Explotación sexual, se está terminando el *amicus* sobre prescripción respecto de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos de la dictadura; se está elaborando el *amicus* sobre justicia militar para presentar ante la Corte IDH en el marco del cumplimiento del caso Palamara. En agosto se presentó el *amicus* en el caso de Ley Antidiscriminación por Ley Zamudio de una persona con síndrome de Down. Además, se elaboraron las siguientes minutas: "minuta sobre el proyecto de ley respecto de crímenes de lesa humanidad", "minuta sobre las indicaciones al proyecto de ley que fortalece el resguardo al orden público"; "minuta sobre beneficios carcelarios a condenados en caso de Parada-Guerrero y Nattino", así como la "minuta sobre el proyecto de reforma de la reforma procesal penal". También se presentó un informe en derecho en el caso Mendoza Collio, informe sobre Proyecto de Ley que establece el Control Preventivo de Identidad y, por último, se elaboró informe (externalizado a psicóloga Elizabeth Lira) para la causa RUC 1200611251-8, RIT 4170-2012) seguida ante el 1° Juzgado de Garantía de Santiago, centrado en la fenomenología de los casos por tortura y/o apremios ilegítimos y de los efectos y particularidades que en ellos se presentan.
Implementación de la 2ª Etapa Programa derechos humanos y función policial	Se ha trabajado en la implementación de la base de datos del Programa de Derechos Humanos y Función Policial. Se han realizado 12 observaciones en manifestaciones y 30 jornadas en comisarías (en algunas jornadas ello ha involucrado observaciones en más de una ciudad); se enviaron múltiples oficios a las policías por casos en que se denuncian abusos policiales. En Santiago, Temuco, Talca, Concepción y Valparaíso se realizaron capacitaciones a funcionarios/as de Carabineros respecto de estándares de derechos humanos aplicables en manifestaciones y a personas privadas de libertad. También se suscribió un convenio con el Colegio Médico, lo que ha tenido relevancia para el Programa pues en algunos casos de personas detenidas lesionadas se ha gestionado con dicha organización la realización de constataciones de lesiones alternativas.
Implementación de la 2ª fase del plan de seguimiento de condiciones carcelarias y de otros lugares donde haya personas privadas de libertad	A partir del trabajo de observación y registro de las condiciones carcelarias existentes en el país y el correspondiente informe realizado por la Fundación Paz Ciudadana, se elaboró una publicación con el diagnóstico general de las condiciones carcelarias a nivel nacional. Dicha publicación contiene además un cd con informes específicos de 44 unidades penales del país. El trabajo consideró visitas a 44 penales a lo largo del país, por un equipo interdisciplinario aplicándose un instrumento estructurado a partir de estándares internacionales. Se visitaron todas las cárceles concesionadas del país y todos los Centros Penitenciarios Femeninos, realizando encuestas a 274 internos/as; entrevistas semiestructuradas a un(a) interno(a) por unidad penal que haya permanecido en celda solitaria en los últimos tres meses; grupos focales a personas pertenecientes a pueblos indígenas, personas migrantes y personas LGTBI; entrevistas a instituciones públicas y no gubernamentales relacionadas con el sistema carcelario e; información estadística proporcionada por Gendarmería.

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Seguimiento, análisis y apoyo al debate parlamentario en proyectos de ley sobre temas de derechos humanos	Durante el periodo informado se elaboraron 17 Boletines Legislativos (disponibles en http://bibliotecadigital.indh.cl/) y se realizó el estudio "Diseño de Indicadores para evaluar la incidencia del enfoque de derechos humanos en el trabajo legislativo". Respecto de la participación en el Parlamento se realizó lo siguiente: **Cámara de Diputados:** • Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía: (1) Informe la situación jurídica frente a las leyes de reparación del período 1973-1990, en que se encuentran aquellos hechos en que la víctima murió por explosión. (2) Oficio de respuesta por caso de la comunidad Marihuen, de origen mapuche, de Coronel (3) Oficio de respuesta por caso Sra. Verónica Castillo y procedimiento policial. (4) Exposición de la Directora sobre la supuesta denegación de justicia frente a las denuncias por atentados en la Región de La Araucanía. (5) Informe sobre la Posibilidad de restringir los beneficios carcelarios en el caso de personas condenadas por crímenes de lesa humanidad. (6) Exposición de la participación como observador del INDH en el caso "Víctor Montoya Encina". • Comisión Investigadora "Derecho de Reunión y Mantención del Orden Público": (1) presentación de la Minuta "Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos". (2) Exposición de la opinión del INDH sobre el caso "César Reyes, del Liceo Manuel Barros Borgoño". (3) Exposición sobre opinión del INDH respecto del caso del ingreso de carabineros a la Casa Central de la Universidad de Chile. • Comisión de Constitución, Legislación y Justicia: (1) Exposición sobre la opinión del INDH sobre el proyecto de ley que Fortalece el resguardo al Orden Público. (2) Exposición de la Minuta del INDH sobre el proyecto de ley que aumenta la penalidad al delito de homicidio simple en el catálogo de los delitos contra la vida y moción que modifica el artículo 391, Nº 2 del Código Penal, con el objeto de aumentar la penalidad al delito de homicidio simple. (3) Exposición sobre postura del INDH en relación con la moción que modifica el Código penal. • Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas: Exposición de la opinión del INDH sobre el proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar, aumentando las sanciones para quienes atenten contra personal de carabineros en el ejercicio de sus funciones. **Senado:** • Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento: (1) Participación en la votación en particular del Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos. (2) Exposición de la opinión del INDH sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Procesal Penal con el fin de reforzar la protección de las víctimas, mejorar la función que desempeña el Ministerio Público y fortalecer la acción policial y la operatividad del sistema de justicia penal. (3) Exposición de la Directora sobre situación de violencia en La Araucanía. (4) Exposición de la opinión del INDH sobre el proyecto de ley que fortalece el resguardo del Orden Público. (5) Exposición de la opinión del INDH sobre el proyecto de Ley que modifica la Ley Nº 18.961 Orgánica Constitucional, para establecer la medida de control preventivo. • Comisión de Gobierno Interior: (1) Presentación de la propuesta del INDH sobre la actualización de padrones electorales y creación del Registro de Ausencia por Desaparición Forzada. (2) Exposición sobre opinión del INDH respecto del proyecto de ley que regula la actualización de los padrones electorales. • Comisiones Unidas de Constitución y Derechos Humanos: (1) Presentación de la opinión del INDH sobre el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos (2) Participación activa en la discusión y análisis en particular en dos sesiones de comisión adicionales sobre el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de DDHH. • Comisión de Hacienda: Exposición de la opinión del INDH sobre el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos
Implementación de acciones de asesoría y defensa legal de acuerdo con el protocolo de función judicial del INDH	Durante el año 2013 se han iniciado 34 intervenciones en tribunales de justicia, Tribunal Constitucional e instancias administrativas: 2 Querellas por Trata y tráfico de Personas; 15 querellas por tortura; 2 Recursos de amparo por violencia policial; 5 Recursos de amparo por malos tratos en cárceles; 3 Otros recursos de Amparo y Protecciones; 1 Requerimiento nuevo ante el Tribunal Constitucional; 4 Nuevos *amicus curiae* e informes en Derecho y; 2 Presentaciones ante instancias administrativas. De las acciones interpuestas, 20 se encuentran vigentes y 14 terminadas.
2ª etapa indicadores Derechos económicos, sociales y culturales (DESC): salud y trabajo	Se avanzó en la identificación de los indicadores a los cuales se les hará seguimiento. Los listados iniciales sobre derecho al trabajo y derechos laborales y derecho a la salud incluyen más de 150 parámetros que fueron acotados a un máximo de 50 respecto de cada una de estas titularidades.
Estudio de la actuación policial en la Región de La Araucanía	A partir del estudio encargado a ICSO-UDP se elaboró la publicación que se encuentra disponible en la biblioteca digital del INDH.

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Identificación y realización de misiones de observancia en juicios emblemáticos	De los cinco juicios en los que se ha realizado observación por aplicación de la Ley Antiterrorista, se han terminado con sentencia definitiva tres: 1. Caso "Peaje Quino": la sentencia del Tribunal Oral de Angol, dictada el 29 de agosto de 2012, absolvió a todos los imputados por la acusación particular del Ministerio del Interior. 2. Caso "Tur Bus": del Juzgado de Garantía de Temuco. Se dicta sentencia con fecha 29 de agosto. Se absuelve a todos los acusados. 3. Causa "Carla Verdugo e Iván Silva": del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. El 14 de junio de 2013 se dicta sentencia. Se absuelve a Carla Verdugo Salinas e Iván Silva Meneses de los cargos formulado por colocación de artefacto explosivo terrorista. Se condena a ambos imputados como autores del delito consumado de porte de implemento de activación de artefacto explosivo y de porte de artefacto explosivo. Actualmente, siguen vigentes y realizándose observación en el caso "Fundos San Leandro y Tres Luces" (Juzgado de Garantía de Lautaro) y la causa "Ministerio Público contra Víctor Hugo Montoya" (Juzgado de Garantía de Puente Alto).
Identificación y realización de misiones de observancia en situaciones de vulneración de derechos	Se realizaron cuatro misiones de observación. En particular, en mayo se realizó una misión a las localidades de Curarrehue, Villarrica, Melipeuco, Quepe y Boyeco, a fin de observar conflictos medioambientales en esas comunidades. En el mismo mes se realizó una misión sobre la situación de la población migrante en Iquique y Colchane (informe en el sitio web). Por otra parte, durante julio se realizó la primera etapa de una misión de observación en La Legua, con la finalidad de observar la situación de comunidades en conflicto desde una perspectiva de derechos humanos, analizando la intervención policial del Estado, junto con la violencia cotidiana entre distintos grupos, la estigmatización y la exclusión social. Por último, en agosto se realizó una misión en la zona del Alto el Loa, en la II Región, con el objeto de recopilar antecedentes respecto de la afectación de los derechos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la salud de las personas del sector Alto el Loa (Lican Antay).
Implementación del Programa de trabajo con jueces y juezas sobre incorporación de temáticas de derechos humanos en las funciones judiciales	En conjunto con la Asociación de Magistrados y el Instituto de Estudios Judiciales se realizó el seminario sobre crímenes de lesa humanidad con el experto internacional Kai Ambos, con la participación de múltiples representantes de órganos del sistema de justicia, incluyendo a cuatro de los cinco Ministros de la sala penal de la Corte Suprema. También se sostuvo reunión con el Presidente de la Corte Suprema para que se acoja la presentación de *amicus curiae* en la Corte Suprema. En la misma línea se sostuvieron reuniones con el Ministro Brito de la Corte Suprema, el Ministro Cisternas, miembro del Comité de Modernización que está analizando este tema, cuatro Ministros de la Corte Suprema del Comité de Relaciones Interinstitucionales, Presidentes de Cortes de Apelaciones de Antofagasta, Valparaíso, Valdivia, Concepción, Temuco y San Miguel. Se realiza con el Instituto de Estudios Judiciales un seminario sobre Ejecución Penitenciaria. Además se está trabajando en la firma de un convenio de colaboración con el Instituto de Estudios Judiciales. Por último, se ha participado en instancias de capacitación a jueces en temas de VIF (Instituto de Estudios Judiciales) y en presentar el Informe Anual de derechos humanos 2012 (Asociación de Magistrados)
Segunda parte Estudio sobre proceso de reconstrucción en Chile	Se realizó y editó el estudio.
Implementación de un sistema nacional de abogadas/os colaboradores/as	En junio, previa etapa de concurso público, comenzaron sus funciones abogados y abogadas colaboradores/as en seis regiones del país: Arica y Parinacota, Antofagasta, Valparaíso, Biobío, La Araucanía, Los Ríos. A ello se sumaron tres cargos de abogadas/os media jornada en la Región Metropolitana.
Publicación de las actas del seminario de trata de personas y tráfico de migrantes	Se elaboró e imprimió un total de 1.000 ejemplares de esta publicación.
Elaboración de Informes complementarios para presentar a los Órganos y Comités Especializados de Naciones Unidas y la OEA	En mayo fue aprobado por el Consejo INDH el Informe respecto del Examen Periódico Universal (EPU). El Informe para el Comité de Discriminación Racial fue aprobado por el Consejo y en agosto de 2013 se realizó el examen al Estado de Chile, con la participación de un consejero del INDH. Por su parte, el Informe para el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos) fue elaborado y presentado al Consejo, siendo aprobado en septiembre. El Informe para el Comité DESC fue redactado y será presentado al Consejo con posterioridad a la aprobación del Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos. Todos los informes se encuentran disponibles en bibliotecadigital.indh.cl/
Publicación del Estudio sobre jurisprudencia de recursos de protección en materia de igualdad y no discriminación	Se realizó la actualización del "Estudio sobre jurisprudencia de recursos de protección en materia de igualdad y no discriminación" con nueva jurisprudencia solicitada al Poder Judicial, incluyendo en el análisis una selección de sentencias de los siguientes periodos: Sentencias de las Cortes de Apelaciones comprendidas entre el 1 de enero de 2010 hasta el último día de junio de 2012 y Sentencias de la Corte Suprema comprendidas entre el 1 de enero de 2012 y el último día de junio de 2012. La publicación se encuentra disponible en bibliotecadigital.indh.cl/
Informe Anual de derechos humanos 2013	Diseño, elaboración, corrección, diagramación, publicación y lanzamiento del Informe Anual 2013.

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE MEMORIA HISTÓRICA

Definición general:

Instalar la memoria histórica como elemento vinculado a la integralidad de los derechos humanos y al cumplimiento de los derechos humanos en el presente así como a contribuir a los procesos de justicia en relación con las graves violaciones a los derechos humanos es lo que busca este programa.

En este sentido, le cabe realizar un trabajo de promoción de la memoria sobre las masivas, graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos a partir del análisis y sistematización de los antecedentes de las comisiones de verdad de las que el INDH es custodio.

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Cátedra internacional en torno a Verdad, Justicia y Reparación: a 40 años del golpe de Estado, así como un conjunto de acciones urbanas de memoria	Durante los primeros meses de 2013 se realizó la coordinación de los eventos por la conmemoración de los 40 años del golpe de Estado, entre los que se cuentan: la realización de la cátedra que da origen a este producto, un inserto temático en un medio escrito de circulación nacional y la actividad "Semana Memoria y Derechos Humanos". La cátedra "Memoria y Literatura, a 40 años del Golpe de Estado en Chile" fue dictada por la escritora española Almudena Grandes el día 24 de septiembre con la asistencia de más de 200 personas.
Plan de trabajo para antecedentes de comisiones	Se culmina el catastro y traspaso material de los documentos reunidos por la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura (Valech I) y aquellos de la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura (Valech II). Además, se traslada al INDH el servidor que contiene toda la información de las "comisiones Valech" y discos externos con respaldos de dicha información. A ello se añade la celebración de un anexo de convenio de colaboración con la Fundación Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, con el objeto que dichos antecedentes se mantengan en las bodegas de la Fundación, que fueron habilitadas especialmente para esos efectos.
Completar la experiencia piloto de rescate, registro y difusión de historias de vida de víctimas de violaciones de derechos humanos	Una vez definidas las consideraciones metodológicas, además de los resultados esperados de la segunda parte del proyecto, se diseñaron las bases de licitación pública siendo adjudicada en junio al Centro de Análisis e Investigación Política, CAIP. Se realizó el Informe metodológico de pautas de entrevista para la elaboración de microbiografías, la lista de casos a incorporar; propuesta del plan de activación, coordinación y circulación de la memoria, optimización de base de datos con información sistematizada sobre víctimas y guía para la memoria local de Paine. Además, se realizó acto de entrega de los productos de la primera fase a la Agrupación de familiares de Ejecutados y Detenidos Desaparecidos de Paine y a la Corporación Paine, un lugar para la Memoria. Asimismo se ha hecho entrega formalizada de los productos comprometidos al Museo de la Memoria y los Derechos Humanos.

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

Definición general:

Las acciones vinculadas a este programa apuntan al cumplimiento de la tarea de promoción y protección de los DDHH de las personas que habiten en todo el territorio nacional, con lo que se requiere presencia en todas las regiones y el desarrollo de las funciones institucionales de prestar asesoría a organismos públicos y privados en materias de su competencia. Ello implica desarrollar mecanismos de cooperación, asesoría técnica e interlocución con entidades y organizaciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras, y mantener debidamente actualizado el registro de instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos, propias de la sociedad civil organizada. La implementación de las acciones relacionadas con este programa permiten que el INDH cumpla con los estándares internacionales exigidos por los Principios de París respecto de establecer grupos de trabajo y contar con secciones locales o regionales de modo de establecer relaciones con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de la protección y promoción de los derechos humanos.

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Optimización del *newsletter* bimensual que se envía a nivel país a las organizaciones de la sociedad civil y actores sociales clave informándoles de las acciones del INDH	Se realizó un plan de trabajo y de envíos. Se envió un *newsletter* en abril, otro en noviembre y en diciembre. También se realizaron envíos específicos en relación con el Informe Anual; información sobre seguimiento legislativo de algún proyecto de ley en el parlamento; Información jurídico-judicial en general y finalmente informe sobre actividades relevantes del INDH.
Formación de observadores y observadoras/defensores y defensoras de derechos humanos	En mayo se realizó la reunión de observadores en Valparaíso, luego durante junio correspondió en Concepción y en julio en Valdivia haciendo trabajo de sensibilización que ha permitido que organizaciones con vinculación, a veces, frágil a los derechos humanos hayan reforzado su accionar y potenciado un trabajo más transversal y coordinado. En octubre se realizó la reunión en Arica y en diciembre se realizará en Temuco.
Constitución de una mesa de trabajo con organizaciones comunales y elaboración de un proyecto piloto de trabajo conjunto	Se realizó un catastro de organizaciones de la sociedad civil (13) inscritas en la comuna de Providencia.
Continuar la ampliación del Registro de instituciones vinculadas a la promoción y defensa de los derechos humanos	De 56 organizaciones que componían el Registro a fines de 2012, 15 ya no pertenecen al registro. De ellas dos cerraron definitivamente, las otras no consiguieron mantener la personalidad jurídica. Otras –las de víctimas de violaciones de derechos humanos de la dictadura– por deserción, enfermedad o por razones de edad han dejado de funcionar. Del registro 2012 quedaron 41 organizaciones. Durante 2013, han ingresado al Registro nueve organizaciones nuevas. Actualmente el Registro se compone por 50 organizaciones.
Estrategia comunicacional de posicionamiento del INDH en regiones	Se realizó la producción, envío y difusión de un set de siete frases radiales sobre derechos humanos para difusión en radios comunitarias y universitarias de todo Chile, según los temas prioritarios levantados en los diálogos regionales realizados en 2011 y 2012. Las frases radiales se encuentran disponibles en el sitio web institucional. Además, durante el segundo semestre se confeccionó otro set de seis frases radiales enfocado en los temas de relevancia regionales y en el incentivo de la participación ciudadana. Dicho set fue difundido ampliamente mediante radios comunitarias, universitarias y el sitio web institucional.

PROGRAMA DESARROLLO INSTITUCIONAL

Definición general:

Este Programa se orienta a instalar los procedimientos administrativos, presupuestarios y de información requeridos para el óptimo funcionamiento del INDH y la consolidación de su gestión interna. Asimismo, busca implementar políticas de desarrollo institucional, entre las que se cuenta una política de gestión de personas con altos estándares laborales y basada en el principio de igualdad de oportunidades.

ACTIVIDAD	ESTADO DE AVANCE
Diseño e implementación de estrategia de difusión del INDH con el fin de incorporar a la ciudadanía en la labor del INDH y difundir la importancia de los derechos humanos.	Se llevó a cabo la campaña de difusión de derechos humanos "Vuelve a ser Humano", con alcance nacional gracias al soporte digital. Esta campaña fue fortalecida en las ciudades de Iquique, Valparaíso, Santiago y Concepción, donde se complementó con afiches en las calles. Durante mayo, la difusión de frases radiales en Radio Uno (y otras emisoras pertenecientes al conglomerado), se relacionaron con la Campaña "Vuelve a ser Humano". Luego, se difundió por este medio la realización de la Encuesta Nacional de Derechos Humanos, con el objeto de facilitar el trabajo de los/las encuestadores/as en terreno. Desde fines de agosto, las frases fueron realizadas con el objeto de difundir las actividades del INDH relativas a la conmemoración de los 40 años del golpe de Estado. En octubre y noviembre las frases emitidas se basaron en incentivar la participación ciudadana y así potenciar el mensaje de la campaña lanzada en noviembre a través de medios digitales. Entre el 1 de enero y 31 de octubre, el sitio *web* alcanzó las 144.202 visitas y a octubre, los seguidores y seguidoras en *twitter* eran 13.300 y en Facebook superaron los 48.000. Además se consigna la publicación de 693 notas de prensa en medios de circulación nacional y la publicación de columnas de opinión sobre temáticas como: Chile y la libertad de expresión como derecho humano, Beneficios de exonerados y políticas de reparación y A 40 años del golpe. También, se continuó con la campaña Declárate Defensor/Defensora coorganizada con la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos para el cono sur, manteniendo la itinerancia del Muro de Defensores/as de Derechos Humanos por centros culturales y municipalidades como las de Providencia e Independencia, también universidades como la USACH, la U. ARCIS y la U.A.H.
Desarrollo del plan informático anual	El plan informático se ha ejecutado en un 95%, habiéndose realizado la totalidad de las adquisiciones de bienes y servicios para las líneas base, *software* y equipamiento. Están en ejecución las mejoras y mantenimiento de los Sistemas de Atención de Público, Gestor Documental e Intranet.
Realización del proceso de la auditoría financiera externa	Se realizó la auditoría externa, la cual realizó observaciones respecto del área de recursos humanos básicamente, se ha trabajado en implementar las recomendaciones tendientes a mejorar la calidad de la información y los procedimientos.
Elaboración de informe trianual de evaluación y cierre del proceso de instalación y posicionamiento del INDH	Como resultado de este producto, en julio se publicó "Desarrollo Institucional y Gestión Estratégica", documento que fue entregado al Consejo como evaluación y análisis prospectivo del trienio 2010-2013 y difundido a lo largo del país.
Desarrollo de la 2ª etapa de la consultoría en gestión por competencias	Se realizó la consultoría obteniendo un sistema de evaluación del desempeño por familia de cargos así como una propuesta de procedimientos de capacitación anual en el marco de la gestión por competencia.

EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA AL 30 DE OCTUBRE DE 2013

De enero a octubre de 2013 el presupuesto del INDH tuvo un comportamiento parejo y sostenido en el ámbito del gasto en personal y creciente en ámbito de bienes y servicios que responde a los gastos permanente de operación y las contrataciones de estudios e investigaciones, lo que corresponde al cumplimiento de los objetivos estratégicos y metas planificados durante el año. Respecto de las transferencias corrientes estas en su mayoría se materializarán en noviembre y diciembre, fechas en que las Universidades impartirán los diplomados convenidos. Respecto a los gastos en activos vinculados a informática y computación estos gastos se realizaron según el plan informático definido para el presente año.

	PRESUPUESTO	EJECUCIÓN	PORCENTAJE
GASTOS	**1.991.481.000**	**1.568.011.440**	**78,7%**
GASTOS EN PERSONAL	**1.319.837.529**	**1.094.689.942**	**82,9%**
Remuneración C. del T.	1.083.260.398	930.035.877	85,9%
Comisiones de servicio	30.356.944	22.137.754	72,9%
Honorarios a Suma Alzada	141.220.187	88.933.212	63,0%
Dietas de Consejeros	65.000.000	53.583.099	82,4%
BIENES Y SERVICIOS DE CONSUMO	**581.629.613**	**398.719.490**	**68,6%**
Gastos para funcionamiento	242.535.736	194.628.902	80,2%
Publicidad y Difusión	142.605.087	65.985.831	46,3%
Servicios Técnicos y Profesionales	196.488.790	138.104.757	70,3%
PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL	**2.419.470**	**2.419.470**	**100%**
Desahucios e indemnizaciones	2.419.470	2.419.470	100,0%
TRANSFERENCIAS CORRIENTES	**28.629.831**	**14.429.831**	**50,4%**
Universidades Privadas	17.629.831	7.429.831	42,1%
Fomento a la Producción cultura en DDHH	7.000.000	7.000.000	100,0%
Universidades Públicas	4.000.000	0	0,0%
ADQUISICIÓN DE ACTIVOS NO FINANCIEROS	**34.903.387**	**33.691.877**	**96,5%**
Mobiliario y Otros	554.833	554.833	100,0%
Equipos Informáticos	17.131.921	16.631.921	97,1%
Programas Informáticos	17.338.466	16.505.123	95,9%
SERVICIO DE LA DEUDA	**24.061.000**	**24.060.830**	**100,0%**

Nota: Valores en pesos.
Fuente: elaboración propia

USO DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

El porcentaje de compras realizadas por el Sistema de Mercado Público a la fecha es de 97,85%. El 83,13% de las compras es realizado por licitaciones públicas directas e indirectas, este porcentaje ha ido aumentando año a año en la medida que se han implementado los procedimientos administrativos e informatizado los procesos de compras. El segundo ítem en importancia son los tratos directos con un 14,72 %, los que se deben en su mayoría a temas relacionados con campañas de promoción y costos de evaluación superiores al de las adquisiciones. Por último, los convenios con Universidades reconocidas por el Estado representan un 2,14 %.

TIPO DE COMPRA	MONTO EN $ ACUMULADO JUNIO	N° DE OPERACIONES	% MONTO
CONVENIO MARCO	191.507.911	315	50,37%
LICITACIONES PÚBLICAS	124.559.259	18	32,76%
CONVENIOS	8.155.000	2	2,14%
TRATO DIRECTO Art.10 N° 7 Letra e (Derecho de Propiedad)	695.301	3	0,18%
TRATO DIRECTO GASTO DE REPRESENTACIÓN	31.675.987	2	8,33%
TRATO DIRECTO MENOS 10 UTM	2.823.958	6	0,74%
TRATO DIRECTO COTO DE EVALUACIÓN MENOS 100 UTM	8.539.212	7	2,25%
TRATO DIRECTO PROVEEDOR ÚNICO	6.650.147	9	1,75%
TRATO DIRECTO REPOSICIÓN O COMPLEMENTO DE EQUIPAMIENTO O SERVICIOS	2.580.736	2	0,68%
TRATO DIRECTO (art. 10 N° 3 Caso de emergencia)	445.060	1	0,12%
TRATO DIRECTO SERVICIOS ESPECIALIZADOS (art. 107 del Decreto 250)	2.571.000	1	0,68%
SUBTOTAL	**380.203.571**	**366**	**100,00%**
UNIVERSIDADES PRIVADAS	7.429.831	2	
FOMENTO A LA PRODUCCIÓN CULTURA EN DDHH	7.000.000	4	
GASTOS MENORES	20.256.352	58	
GASTOS BÁSICOS Y ARRIENDOS	29.672.544	54	
REEMBOLSO PASAJES Y PERMISOS DE CIRCULACIÓN	2.278.900	26	
GASTO EN PERSONAL	1.094.689.942	0	
SERVICIO DE LA DEUDA	24.060.830	0	
DESAHUCIO E INDEMNIZACIONES	2.419.470	0	
TOTAL GASTO INDH	**1.568.011.440**	**510**	

Fuente: elaboración propia.

DONACIONES Y APORTES DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

De acuerdo CON lo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 20.405, el patrimonio del INDH está formado, entre otras fuentes, por:

- Las donaciones, incluidas las del artículo 3° de la ley N° 19.992, herencias y legados que el Consejo del INDH acepte.
- Los aportes de la cooperación internacional que reciba a cualquier título para el cumplimiento de sus objetivos.

Hasta el momento el INDH no ha recibido ninguna donación, herencia o legado. Lo que ha recibido el año 2013 tiene relación con fondos de parte de organismos internacionales, cuyos convenios se tramitaron el año anterior y que llegan a su término el 2013:

INSTITUCIÓN	MATERIA	PERÍODO	MONTO TOTAL EN MONEDA ORIGINAL	MONTO EN PESOS RECIBIDO 2013
Unión Europea	Ejecución de la acción "Agendas Regionales de Derechos Humanos en Chile" en seis regiones de Chile: Tarapacá, Coquimbo, Valparaíso, Maule, Los Ríos y Los Lagos para: - Fortalecer capacidades de la sociedad civil local para actuar como defensores de derechos humanos a nivel regional. - Propiciar acciones de exigibilidad de derechos humanos en los espacios locales	2/01/2012 al 2/07/2013	€ 130.000	$16.720.269
Fundación Ford	Violencia policial hacia el pueblo mapuche: orden, violencia y derechos en juego	2/05/2012 al 2/11/2013	US $ 90.000	$15.004.950

Fuente: elaboración propia

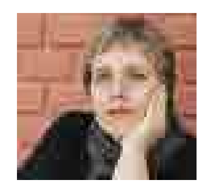
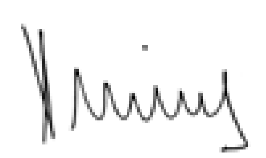
AGRADECIMIENTOS

El INDH quiere agradecer a aquellas personas que han contribuido
a la elaboración de este informe:

Nancy Yáñez Fuenzalida
Centro de Estudios del Desarrollo
Sur Profesionales

También agradece a las organizaciones no gubernamentales,
sociales y de víctimas de violaciones a los derechos humanos,
por la información entregada.

CONSEJO INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

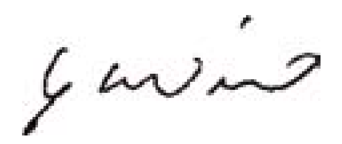



Lorena Fries Monleón

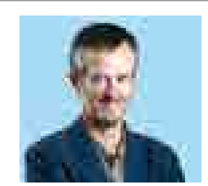
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos




Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

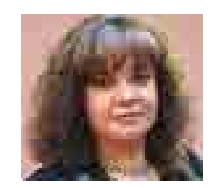
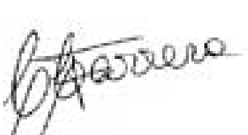


Mario Fernández Baeza

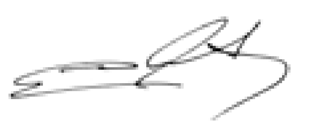



José Aylwin Oyarzún

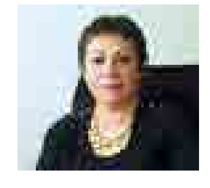
Carlos Frontaura Rivera

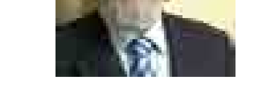
Carolina Carrera Ferrer



Roberto Garretón Merino



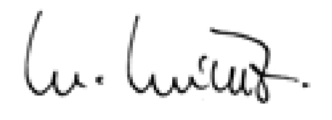

Consuelo Contreras Largo



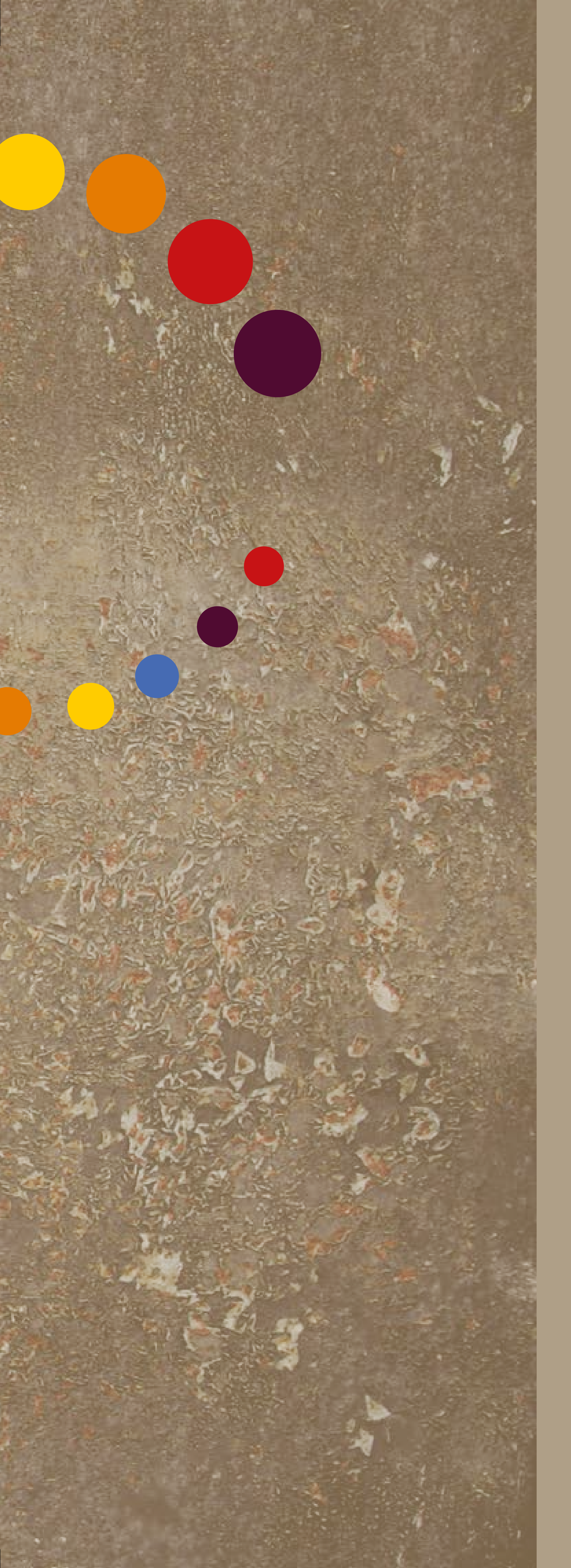

Claudio González Urbina




Sebastían Donoso Rodríguez

Manuel Nuñez Poblete



El presente Informe Anual 2013 da cuenta de la situación de los derechos humanos en diversos ámbitos en Chile, y realiza recomendaciones a los diferentes poderes del Estado para garantizar de modo efectivo el ejercicio de los mismos sin discriminación, en cumplimiento con el artículo 3.1 de la Ley 20.405.

Este año se han cumplido 40 años desde el 11 de septiembre de 1973. A su vez, este año se han desarrollado por quinta vez consecutiva elecciones presidenciales, consolidando la característica más propia de la democracia representativa.

Los debates entre las opciones presidenciales han abundado en alusiones a temas de derechos humanos en el país. Tanto la discusión sobre una nueva Constitución, o una reforma sustancial a la actualmente vigente, pasando por los derechos laborales, a la seguridad, a la salud, entre otros, han brindado la oportunidad de revisar, una vez más, lo logrado y los desafíos pendientes en el contexto de la profundización democrática del país. La conmemoración de los 40 años permite detenerse y analizar desde una perspectiva de derechos humanos, los logros y los pendientes de la democracia actual, en la perspectiva de dar cumplimiento efectivo a las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales.

Este Informe Anual 2013 da cuenta de situaciones de vulneración de derechos, como en el caso de la violencia contra las mujeres, la calidad deficitaria de las viviendas, o la falta de garantía de calidad en la educación, lo que tensiona el vínculo que existe entre los derechos humanos y la condición de ciudadanía. Y es que en última instancia, el respeto y garantía de los derechos humanos tiene que ver con que todas las personas puedan vivir en condiciones dignas y sin discriminación como parte de una comunidad política. Es decir, uno de los principales desafíos de la democracia en materia de derechos humanos en la actualidad dice relación con reconocer a todas las personas como ciudadanos/as de primera categoría, en igualdad de derechos y dignidad.